

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A (IN)COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA
COLABORAÇÃO PREMIADA COM O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

CAMILA PAIVA LEITE BON

Rio de Janeiro
2018/2º semestre

CAMILA PAIVA LEITE BON

**A (IN)COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA
COLABORAÇÃO PREMIADA COM O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Prado.

**Rio de Janeiro
2018/2º semestre**

FICHA CATALOGRÁFICA
(conta como verso da Folha de Rosto)

CIP - Catalogação na Publicação

B697(Bon, Camila
A (IN)COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO
INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA COM O PROCESSO
PENAL DEMOCRÁTICO / Camila Bon. -- Rio de Janeiro,
2018.
66 f.

Orientador: Geraldo Prado.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Colaboração premiada. 2. Processo penal
democrático. 3. Compatibilização. I. Prado, Geraldo,
orient. II. Título.

CAMILA PAIVA LEITE BON

**A (IN)COMPATIBILIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA
COLABORAÇÃO PREMIADA COM O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Geraldo Prado.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

_____ **Orientador**

_____ **Co-orientador (Opcional)**

_____ **Membro da Banca**

_____ **Membro da Banca**

Rio de Janeiro
2018/2º semestre

Dedicatória

Aos meus amigos de vida.

RESUMO

A presente monografia analisa, a partir do seu contexto criminológico de surgimento, o instituto negocial da colaboração premiada e as principais mudanças ocorridas no ordenamento jurídico brasileiro com a vigência da Lei 12.850/2013. Tem como foco principal a verificação das finalidades do processo penal democrático quando empregado o mecanismo de obtenção de prova da colaboração premiada, assim como quais são as implicações do seu uso para os sujeitos processuais, terceiros imputados e para a sociedade em geral, observando se há compatibilização com os direitos e as garantias fundamentais asseguradas pela Constituição Federal para a legitimidade do processo penal persecutório.

Palavras-chaves: COLABORAÇÃO PREMIADA; PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO; GARANTIAS FUNDAMENTAIS; ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS; LEI 12.850/2013.

ABSTRACT

This study analyzes, from its criminological context of emergence, the negotiating institute of the legal collaboration and the main changes occurred in the Brazilian legal system with the validity of Law 12.850/2013. Its main focus is the verification of the purposes of the democratic criminal procedure when it is used the Cooperation Agreements as mechanism of obtaining evidence, as well as what are the implications of its use for procedural subjects, imputed third parties and for society in general, noting compatibility with the fundamental rights and guarantees assured by the Federal Constitution of Brazil for the legitimacy of the criminal proceedings.

Keywords: Legal Collaboration; Democratic Criminal Procedure; Fundamental Rights; Organized Crime; Law 12.850/2013.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. A COLABORAÇÃO PREMIADA	11
1.1 Contextos criminológicos e de política criminal	11
1.2 A colaboração premiada no direito brasileiro: breve histórico e natureza jurídica .	18
2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	26
2.1 O devido processo legal	26
2.2 A presunção de inocência.....	34
2.3 As funções da pena e incompatibilidades – o que legitima a punição?.....	39
3. O ÔNUS DA PROVA E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO COLABORADOR	44
3.1 Ônus da prova na colaboração premiada	44
3.2 Consequências do inadimplemento das obrigações do colaborador	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

Diante do fenômeno da expansão do direito penal, caracterizado pela aparição de novos setores de regulamentação e pela reforma dos tipos penais já existentes, se faz necessário analisar o surgimento de um novo modelo de política criminal, que a partir da pretensão de aumentar a eficácia da persecução penal acaba por ameaçar os limites ao poder repressor do Estado. Assim, os direitos fundamentais, entendidos como alicerce de um Estado democrático de direito e limitadores do *ius puniendi*, são confrontados pela necessidade de eficiência da justiça penal.

Nesse sentido, as organizações criminosas enquanto manifestações da criminalidade globalizada desafiam a urgência de uma resposta penal dinâmica e adaptada aos novos fenômenos delituosos e a uma demanda social de maior proteção, mas que preserve as premissas do processo penal democrático. Portanto, o presente trabalho pretende, de forma não exaustiva, a partir de um pensamento racional crítico, analisar a viabilidade da ocorrência do direito premial em consonância às garantias individuais, porquanto admite a sua inevitável utilidade, porém problematiza a demasiada discricionariedade e extralegalidade presentes na aplicação do instrumento da colaboração premiada.

Para tanto, se faz inevitável a pesquisa sobre as causas que originaram a indispensabilidade dos mecanismos negociais, no âmbito de um contexto criminológico e de política criminal. Em um cenário de aprimoramento de certo tipo de delinquência organizada, revestida de uma aparente legalidade, dotada de atributos tecnológicos e influenciada pela criminalidade transnacional, observa-se a expansão simultânea de uma criminalidade econômico-financeira e da sua impunidade. A partir daí, vivencia-se uma realidade de constante utilização ilegítima dos bens do Estado, principalmente por indivíduos ligados ao poder público ou provenientes das altas classes econômicas da sociedade.

A frequência em que essas práticas delituosas ocorrem, bem como a sua potencialidade conferida pela mídia social, geram no seio da população um descrédito nas principais agências punitivas do Estado, fazendo com que permeie no senso comum um forte desejo de recrudescimento na repressão penal. Desse modo, cria-se demasiada expectativa e se atribui

ao Ministério Público a função de enfrentamento da corrupção, entendida aqui em sentido amplo, como prática que contraria os interesses públicos do Estado.

O Ministério Público, enquanto titular da ação penal pública, diante do quadro de corrupção disseminada pelas estruturas da sociedade, se utiliza das normas premiais para expandir a sofisticação e o alcance das suas investigações, de modo que gera um aspecto de incentivo geral, no tocante à realização de megaoperações para o desmanche do sistema corrupto, e especial, no que se refere ao prêmio àquele que prestar uma contraconduta pós-delitiva e colaborativa. Todavia, a demasiada discricionariedade do órgão ministerial na condução do acordo de colaboração premiada pode acarretar decisões fora dos limites de legalidade do processo penal e orientadas por interesses escusos, perpetrando a lógica seletiva e desigual que acompanha o sistema criminal estigmatizante.

Além disso, em relação aos sujeitos que compõe a colaboração premiada, a tomada de decisões por aqueles que capitaneiam as negociações sem o devido controle do Poder Judiciário, enquanto o único apto a legitimar medidas coercitivas que atinjam os direitos fundamentais do investigado ou processado, é capaz de gerar o tolhimento de garantias intransponíveis à tutela da dignidade da pessoa humana em nome de maior eficiência da persecução penal. Dessa forma, depreende-se que os mecanismos negociais devem ser propostos a partir de uma lógica humanista e promocional dos valores ligados à pessoa humana, em oposição a posturas utilitaristas e pragmáticas. O acordo deve ser tido como fim de um problema, ou seja, como uma forma consensual de realizar justiça, observando os direitos e garantias provenientes do devido processo legal, e não como meio de expansão da persecução penal estatal, reduzindo o colaborador a instrumento processual.

Apesar de se tratar de medida excepcional, a colaboração processual vem sendo utilizada em grande escala nas operações lideradas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público como meio de obter dos réus colaboradores a confissão da prática delituosa por eles eventualmente cometida, bem como informações sobre a estrutura da organização criminosa. Assim, em detrimento do exercício jurisdicional ordinário, ao acusado é oferecido sanções premiais para que o mesmo auxilie na persecução penal, acarretando a admissão de culpa, mesmo sem uma sentença penal condenatória. Assim, aquém da proporcionalidade entre sanção e delito, a reprimenda estatal estará pautada na discricionariedade da autoridade negociadora e na capacidade de se obter resultados concretos com a colaboração do acusado.

O direito de resistência do colaborador à acusação é então esvaziado para se conformar com esta e auxiliá-la não só na própria condenação, como na incriminação de terceiros. A presunção de inocência transfigura-se em um dever de confissão, uma vez que o ônus probatório acerca dos fatos imputados pela acusação é transferido ao próprio acusado. Dessa forma, constrói-se uma tese acusatória conjunta entre acusação e defesa, conferindo a mesma um valor de verdade inexorável. A finalidade primordial do processo penal democrático de descoberta da verdade material por meio da demonstração dos fatos em um procedimento normativo legalmente previsto, que abarca as garantias essenciais do indivíduo, é colocada em segundo plano em busca do eficientismo da persecução penal.

Desse modo, o presente estudo buscou analisar esse direito alternativo do investigado, acusado ou condenado em auxiliar as autoridades competentes na investigação como estratégia para beneficiar-se no momento da imputação penal, a partir da sua compatibilização com o modelo garantista de processo e com as premissas constitucionais do sistema acusatório. Portanto, o foco principal do trabalho recai no estudo da colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova válido à formação do convencimento judicial e nos obstáculos do seu uso para a construção de uma verdade substancial em consonância com os direitos e garantias processuais estabelecidos pela Constituição Federal, especialmente, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e a jurisdição do processo penal.

1. A COLABORAÇÃO PREMIADA

O presente capítulo pretende explorar o papel do instituto da colaboração premiada no direito brasileiro a partir do seu histórico legislativo e do seu contexto criminológico e de política criminal. Para tanto, pretende-se elucidar a natureza jurídica desse mecanismo negocial.

1.1. Contextos criminológicos e de política criminal

A colaboração premiada é um instituto de direito negocial que tomou conta das discussões políticas e jurídicas em razão do enfoque dado às operações policiais que objetivaram o desmantelamento das organizações criminosas, constituídas em parte significativa por grandes empresários, bem como por agentes públicos dos diversos segmentos estatais. Tendo em vista o modelo de criminalidade que a colaboração pretende alcançar, qual seja a criminalidade de mercado fundida e complementar à criminalidade de Estado, caracterizada pela atuação em coautoria, trata-se de um meio de obtenção de prova supostamente mais eficaz, porquanto aposta em uma busca célere da verdade material a partir da contribuição de agentes provenientes da própria organização criminosa.

O instituto regulamentado pela Lei 12.850/13 dispõe que se uma pessoa suspeita, acusada ou condenada pelo cometimento de um crime, colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha pelo menos um dos resultados mencionados na norma, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir a pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou substituí-la por restritiva de direitos.

O cerne da problematização que recai sobre o instituto da colaboração premiada está no fato de se tratar de mecanismo proposto a fortalecer a operatividade do sistema penal, mas que para alcançar essa finalidade encontra obstáculos na própria essência do sistema punitivo brasileiro. Isso porque, a legitimidade do sistema penal é aferida quando o mesmo está em conformidade com os princípios e as garantias típicas do Estado Democrático de Direito, tais como a relação de proporcionalidade entre fato delituoso e sanção, tratamento isonômico dos acusados, devido processo legal, entre outros.

Portanto, de um lado temos a busca pelo “efetivo funcionamento da tutela coercitiva dos direitos e interesses dos indivíduos e da sociedade”¹, e de outro, a necessidade de assegurar as liberdades individuais diante do poder punitivo estatal. A grande questão é se é possível compatibilizar o instituto negocial da colaboração premiada com os princípios e garantias constitucionais.

Historicamente, garantismo e operatividade repressiva sempre estiveram em desequilíbrio normativo. Todavia, a passagem do modelo de estado liberal clássico, de mera tutela da ordem pública e preservação da paz social, para o estado contemporâneo de bem-estar social, cujas funções públicas estão direcionadas à efetivação e à defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos, culminou na ampliação das técnicas estatais de controle e organização social.

Desse modo, leciona Frederico Valdez Pereira que o poder público ficou incumbido não só de reprimir comportamentos sociais nocivos, mas também de estimular atos socialmente desejados através de mecanismos de promoção social². Como defende Norberto Bobbio, a inovação no sistema de controle jurídico não se refere majoritariamente ao aumento de comandos ou normas positivas, mas no tocante às sanções positivas, as chamadas técnicas de encorajamento³. Todavia, as técnicas de repressão tradicionais do Estado Liberal e a busca do controle social através de sanções negativas ainda são predominantes atualmente.

Não obstante a ascensão do modelo de Estado Social e a nova ótica proposta para a resposta penal estatal, substituindo as técnicas de cunho meramente repressivo por instrumentos promocionais de valores constitucionais, há que se ressaltar que os mecanismos investigativos propostos pela colaboração premiada não possuem como base teórica tais valores pensados racionalmente. As novas técnicas negociais surgem através de fundamentos utilitaristas, motivados pela finalidade de engendrar maior eficácia no controle dos delitos característicos das sociedades contemporâneas.

As transformações sociais e econômicas, bem como a evolução das relações em sociedade, levaram ao surgimento de novas modalidades delituosas, gerando uma maior

¹ PULITANÒ, Domenico. **La giustizia penale alla prova del fuoco**. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v.1, n.40, p. 3-41, genn./mar. 1997.

² PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2013, p. 28.

³ BOBBIO, Norberto. **La funzione promozionale del diritto**. In: _____. *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Edizioni di comunità, 1977, p. 33-34.

demanda pela proteção dos bens jurídicos tutelados. Desse modo, Alessandro Baratta leciona que “a criminologia crítica historiciza a realidade comportamental do desvio e ilumina a relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição”⁴. Nesse sentido, é forçoso reconhecer que o direito penal não defende todos de maneira igualitária, e quando pune as ofensas aos bens jurídicos o faz com intensidade desigual.

Portanto, como prevê Baratta, fato é que “o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes”⁵, isentando do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e conexos à existência da acumulação do capital. Percebe-se, assim, uma intensidade da ameaça penal inversamente proporcional à danosidade social dos comportamentos das classes que estão no poder, centralizando o status de criminoso àqueles já estigmatizados pela desigualdade social, ou seja, aos que estão à margem da sociedade capitalista⁶.

Isso porque, a partir de uma concepção crítica, a criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem. Zaffaroni já a definia como “saber e arte de despejar discursos perigosistas” e “o curso dos discursos sobre a questão criminal”. Defende o autor que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais⁷.

Infere-se, assim, que a própria aplicação do direito penal se dá de maneira seletiva e desigual. A aplicação das sanções penais estigmatizantes, o cárcere, são direcionados a uma parcela específica da população. Como defende Baratta, “deve haver a representação realista de que a população carcerária provém, na maior parte, de zonas de marginalização social, caracterizadas por defeitos que incidem já sobre a socialização primária na idade pré-

⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, cap. XII, p. 159-169.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II**. Rio de Janeiro : Revan, 1ª Ed. 2017, p. 13-411.

escolar”⁸. Fritz Sack⁹ corrobora essa ideia ao afirmar que existe uma filtragem entre criminalidade latente e criminalidade seletiva, constituindo a seletividade penal.

A teoria das “cifras ocultas”, elaborada por Edwin Sutherland, demonstra que as estatísticas oficiais são preenchidas apenas pela exposição dos delitos praticados por aqueles que estão na base da estrutura social, isto é, pelos pobres. De sorte que a punição de certos comportamentos é incentivada para mascarar o cometimento de uma gama de delitos que permanecem imunes ao processo de criminalização. Nesse sentido, Sutherland considerava que o crime organizado crescia em unidade e oposição à sociedade, por efeito da debilidade do Estado¹⁰.

Ademais, Alexandre Baratta define a criminalidade como um bem negativo, “distribuído desigualmente conforme hierarquia de interesses fixada no sistema socioeconômico, conforme a desigualdade social”¹¹. Define-se, assim, a função simbólica da pena como cobertura ideológica para os mecanismos de controle sobre as classes tidas como perigosas, sendo a prisão o “momento superestrutural essencial para a manutenção da escala vertical da sociedade”¹².

Desse modo, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal pelo sistema penal como forma de compreender o status social de delinquente. A partir do século XX, o comportamento desviante passa a fazer parte da estrutura social, mais do que isso, cumpre funções integradoras. Nesse sentido, sem prejuízo da criminalidade “convencional” dos indivíduos sujeitos ao processo de estigmatização, proveniente de suas condições sociais inferiores e do tratamento diferenciado dado pelas instâncias formais de controle, dá-se maior atenção à criminalidade econômico-financeira, majoritariamente originária das classes mais altas e daquelas que desempenham funções públicas. Destaca-se aqui a influência da globalização da criminalidade organizada, que gera o encurtamento das relações entre os indivíduos e propicia o trânsito de capitais, informações e pessoas, o que, consequentemente, requer reforço aos limites legais impostos pelos marcos estatais para regular esse fenômeno.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. cap. XII, p. 159-169.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ SUTHERLAND, Edwin H. **Criminology**. Lippincott Co., 1978, p. 270.

¹¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. cap. XII, p. 159-169.

¹² BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999. cap. XII, p. 159-169.

Sendo assim, a partir da ascensão do neoliberalismo, marcado pelo avanço tecnológico e pela busca do capital, surge a necessidade de estratégias globais de criminalização e de políticas mais sofisticadas de controle social. Nesse ponto, a mídia aparece como método de produção de subjetividades punitivistas, ingressando no senso comum, “ampliando o espectro punitivo, impondo penalidades mais severas, flexibilizando as garantias, mas, principalmente, fortalecendo o dogma da pena como solução por excelência para os conflitos humanos”¹³.

Com a chegada do século XXI, as relações entre o mercado, a mídia e o capital videofinanceiro se intensificaram e a questão criminal se tornou uma mercadoria de altíssimo valor. A mídia, nesse sentido, desempenha papel fundamental no que se pode chamar de populismo criminológico, de tal modo que com a multiplicação de notícias acerca das ações de organizações criminosas dentro e fora do cenário público, estas se tornaram para a sociedade brasileira uma das maiores formas de violência e motivo de descrença nas agências tradicionais de controle social.

O instituto da colaboração premiada surge, então, em um contexto político criminal que busca a expansão dos espaços de consenso e acordos, de modo a acelerar a resposta punitiva estatal. A razão para tanto está na crise do controle penal, entendida dessa forma por aqueles que creem ser o sistema penal pouco eficiente, sendo necessário para os que defendem essa matriz eficientista aumentar a repressão social.

Como pensava Pavarini, a racionalidade da criminologia está na resposta política para necessidades de ordem mutáveis¹⁴. A partir disso, não obstante a clientela tradicional do sistema penal ser constituída pelos pobres, devido às maiores chances que têm de serem criminalizados e estigmatizados como delinquentes, as lutas pelo poder público e econômico, assim como a ascensão do crime organizado através da globalização neoliberal, fazem com que a resposta penal alcance esferas de criminalidade que estavam imunes ao poder punitivo estatal.

Nesse sentido, a resposta política aos crimes organizados tem grande responsabilidade pela difusão do pensamento repressivo como solução da criminalidade no senso comum dos

¹³ BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 102.

¹⁴ PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. México: Siglo Veinteuno Editores, 1983.

cidadãos. Raul Zaffaroni instrumentaliza essa situação afirmando que “tudo o que chama a atenção pública move os políticos a usá-lo no campo do clientelismo e a polícia a lhe dedicar atenção preferencial”¹⁵. Assim, pode-se inferir que os crimes característicos das classes de poder começam a ser objeto da persecução penal estatal como consequência da judicialização da política. Desse modo, conclui o autor que:

A corrupção pública (particularmente impulsionada pelas enormes cifras dos negócios decorrentes dos processos de privatização ou venda do estado) provê material para escândalos judiciais e se presta para a utilização da justiça no sentido da promoção política.¹⁶

Assim, legitimadas pela ideologia da defesa social, as agências do controle punitivo recrudescem a repressão penal. Sobre o assunto, disserta Foucault:

A nova “tecnologia do poder” da sociedade capitalista desloca o direito de punir, da vingança do soberano para a “defesa social” – obviamente entendida como defesa das condições materiais e ideológicas da sociedade capitalista –, com base na teoria do contrato social, segundo a qual a condição de membro do corpo social implica aceitação das normas sociais, e a violação dessas normas, a aceitação da punição.¹⁷

A expansão do direito penal se dá, assim, sincronicamente e também às custas da expansão do direito negocial. Através da ampliação de espaços de consenso entre acusação e defesa, especialmente por meio de mecanismos negociais como a colaboração premiada, a efetividade e a celeridade da persecução criminal são priorizadas, justificando as demandas punitivas sociais contemporâneas.

Não obstante já muito difundido no cerne de conhecimento da sociedade o problema estrutural do sistema penal e as suas dificuldades práticas de controle social, a cultura do medo acaba por imperar e reconstruir a figura do inimigo, o qual deve ser rapidamente perseguido e isolado do convívio social. Com isso, o movimento “Lei e Ordem” ganha força e gera uma crescente na produção legislativa repressora.

Em suma, a maior incidência do direito penal nas relações sociais cotidianas - contrariando seu caráter de *ultima ratio* -, o aumento nas incriminações de perigo e na previsão de delitos de acumulação, somado a “uma sociedade do controle retroalimentada por

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime Organizado: uma categorização frustrada**. In: Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996, p. 48.

¹⁶ ZAFFARONI, Raul. **Globalização e sistema penal na América Latina – da segurança nacional à urbana**. In: Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996, p. 31.

¹⁷ FOUCAULT. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 69-76.

uma cultura do medo”¹⁸ acarreta a necessidade de institucionalização de mecanismos aptos a garantir uma resposta punitiva célere e eficaz.

Como leciona Vinicius Vasconcellos:

Costuma-se afirmar que uma das principais causas do triunfo dos mecanismos negociais no processo é a expansão do Direito Penal material. Nos Estados Unidos, por exemplo, sua consolidação determinante se deu com a promulgação da Lei Seca, que expandiu o controle social por meio da proibição de bebidas alcoólicas penalmente tutelada. Contudo, por outro lado, Lucian Dervan desvela que a utilização generalizada de barganhas com a corriqueira coerção empreendida aos acusados para renunciar ao direito de defesa conduz à obstaculização do controle judicial sobre a legalidade/constitucionalidade de novos tipos incriminadores ou de procedimentos investigatórios realizados, visto que os réus consentem em submeter-se à sanção penal sem uma análise judicial adequada. Ou seja, a expansão do Direito Penal também depende e, de certo modo, é causada pela generalização da barganha, ao passo que por meio desta a justiça criminal consegue responder parte das demandas punitivistas sociais (sem o controle e a limitação do Judiciário), evitando possível colapso que desvendaria a insustentabilidade de tal postura e, assim, poderia ensejar discussões acerca da necessidade de redução do poder punitivo.¹⁹

Partindo da premissa de que o que se pretende com a utilização do instituto negocial da colaboração premiada é a descoberta da verdade material através dos resultados práticos obtidos com a colaboração do investigado, a eficiência na investigação criminal e a celeridade na realização de justiça, percebe-se uma relativização dos direitos fundamentais em detrimento de uma persecução penal célere.

Tendo em vista que o objetivo do processo penal é a harmonização das suas finalidades práticas, quais sejam a descoberta da verdade por meio da apuração dos fatos trazidos pelas partes, a promoção de direitos fundamentais e o restabelecimento da paz jurídica e social, a introdução no ordenamento jurídico de “mecanismos de eficiência” que pretendem viabilizar o máximo de condenações através do mínimo de recursos e tempo possíveis inevitavelmente acarreta um descompasso entre essas finalidades²⁰. O instituto negocial da colaboração representa, portanto, a busca da verdade como um fim em si mesmo, porquanto desvirtua os meios que legitimam essa atividade cognitiva de acordo com o devido processo legal.

¹⁸ “(...) em que se utiliza o sistema penal como instrumento de governamentalidade.” In.: VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. IBCCRIM, São Paulo, 2015, p. 152.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. IBCCRIM, São Paulo. 2015, p. 153-154.

²⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Champagnat, 2013, p. 357.

Nesse sentido defende Frederico Valdez Pereira que a colaboração premiada se trata de “instrumento de política criminal, o qual, de algum modo, subverte a relação genérica entre direito e processo, tradicionalmente concebida como de funcionalização do aspecto dinâmico processual aos objetivos do direito substancial”²¹. Haja vista o caráter de negócio jurídico processual da colaboração premiada, a repercussão do instituto no campo do direito penal material (direito substancial) se restringe ao momento de aplicação da sanção premial. Assim, o aporte teórico que visa legitimar o instituto negocial não é aquele concernente aos valores perseguidos constitucionalmente, mas um aporte utilitarista e mercantilista, que une a vontade do colaborador em ter a sua punição abrandada à busca pela eficiência no processo persecutório e rapidez no desarranjo das organizações criminosas.

1.2. A colaboração premiada no direito brasileiro: breve histórico e natureza jurídica

No que concerne à evolução do regramento normativo da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se afirmar que as primeiras benesses conferidas ao réu colaborador estavam previstas no próprio Código Penal de 1984 na figura da atenuante da confissão e do arrependimento eficaz ou posterior. Todavia, trata-se de institutos cuja natureza é de direito material, mas que geram implicações no plano processual.

Já o mecanismo negocial foi materializado na legislação brasileira através do diploma legal da Lei de Crimes Hediondos n. 8.072/1990, que dispõe da seguinte forma em seu art. 8º, parágrafo único: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Ainda, a referida lei, em seu art. 7º, acrescentou o §4º ao art. 159 do Código Penal: “Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”²². Percebe-se, assim,

²¹ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013, p. 28.

²² Esse dispositivo foi posteriormente alterado pela Lei 9.269/96, permanecendo com a seguinte redação: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

que o legislador priorizou a visão de direito material do instituto premial, sem qualquer preocupação com sua delimitação procedimental ou suas consequências processuais²³.

Posteriormente, o instituto negocial da colaboração premiada foi positivado na Lei 9.034/95 (Antiga lei das Organizações Criminosas), cujo artigo 6º previa: “Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Todavia, o pressuposto da espontaneidade foi revogado com o advento da Lei 12.850/13.

Já a Lei 9.080/95 foi responsável por ampliar o campo de aplicabilidade da colaboração premiada, pois inseriu o §2º ao art. 25 da lei que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, Lei 7.492/86, e o parágrafo único ao art. 16 da lei que trata dos crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo, Lei 8.137/90. Ambos os dispositivos passaram a dispor que: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

O mecanismo negocial da colaboração premiada apareceu ainda previsto na Lei 9.613/98 (Lei de combate à lavagem de dinheiro), na Lei 9.807/99 (Lei de proteção a vítimas e testemunhas), na Lei 10.409/02 e na Lei 11.343/06, ambas as últimas, leis de drogas. Com a promulgação desses dispositivos, ampliaram-se alguns aspectos do instituto, mas sua previsão ainda era limitada à perspectiva material, sem regulação procedimental. Ampliaram-se as possibilidades de benefícios ao colaborador, que antes se restringiam à redução de um a dois terços da pena, alcançando a substituição do regime prisional e o perdão judicial, além de prever medidas de segurança e proteção ao réu colaborador. Ademais, ampliou-se também o rol de colaborações possíveis e possibilitou a concessão do benefício a qualquer tempo, inclusive na fase de execução penal.

Em 2013 foi promulgada a Lei das Organizações Criminosas, Lei 12.850, que finalmente estipulou regras procedimentais e requisitos necessários para aplicação da comumente conhecida “delação premiada”, consagrando o viés processual do instituto. Todavia, não obstante o maior detalhamento obtido com a positivação do instituto na Lei

²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 70.

12.850/2013, o mesmo ainda carece de maior elaboração legislativa, pois o que se percebe é a relativização de diversas garantias fundamentais do sistema penal brasileiro, edificado sob um Estado Democrático de Direito, como por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e o direito a não autoincriminação.

Walter Bittar define a colaboração premiada como:

instituto de Direito Penal que garante ao investigado, indiciado, acusado ou condenado, um prêmio, redução podendo chegar até a liberação da pena, pela sua confissão e ajuda nos procedimentos persecutórios, prestada de forma voluntária (quer dizer, sem qualquer tipo de coação).²⁴

A colaboração premiada possui natureza jurídica de meio de obtenção de prova, conforme previsão do art. 3º da Lei 12.850/2013 e decisão do STF²⁵, uma vez que o objetivo primordial do instituto é a cooperação do imputado para a investigação e para a persecução penal através da disponibilização de elementos de prova que corroborem suas declarações. Sendo assim, o agente colaborador se coloca à disposição para auxiliar na repressão penal, configurando um arrependimento processual, em troca da imposição de um mal menor do que aquele típico do processo penal ordinário.

A colaboração premiada caracteriza-se também por ser um negócio jurídico processual. Não obstante repercuta no âmbito do direito penal material ao determinar a sanção penal que será imputada ao agente colaborador, a colaboração premiada se caracteriza como uma declaração de vontade bilateral, a qual o ordenamento jurídico estipulou os requisitos de existência, validade e eficácia, cuja finalidade é produzir efeitos no plano processual.

Dessa forma, o desenvolvimento legislativo da colaboração premiada até a sua previsão na Lei 12.850/2013 se limitava ao âmbito do prêmio como direito subjetivo do agente colaborador. Com o advento da nova lei sobre organização criminosa, o aspecto da colaboração premiada se tornou muito mais amplo, representando a expressão de uma justiça criminal consensual em busca da eficiência e da expansão da persecução criminal contra as organizações criminosas. Surge, a partir daí, a figura de um acordo formal e necessário para a concretização do direito subjetivo do agente colaborador.

²⁴ BITTAR, Walter Barbosa. **Observações necessárias.** In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). Delação premiada. Direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

²⁵ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015.** Publicação no DJe em 04/02/2016.

A justiça criminal consensual, caracterizada pelo consenso entre acusação e defesa, para ser válida exige que haja voluntariedade no ato do colaborador, bem como carece de segurança jurídica. A voluntariedade não se confunde com a espontaneidade – requisito que deixou de ser necessário com o advento da nova Lei das Organizações Criminosas –, de modo que o acusado pode optar por colaborar a partir de iniciativa do Ministério Público ou do Delegado de Polícia, desde que essa ação não esteja maculada com elementos arbitrários. Assim, a elaboração do acordo de colaboração deve estar livre de qualquer forma de coação ou promessa ilegal, e a presença do defensor do agente colaborador é exigida em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, conforme preconiza o §15 do art. 4º, da Lei 12.850/13.

Um avanço legislativo que conferiu maior segurança jurídica à colaboração premiada foi a necessidade de homologação do termo de acordo por parte do magistrado para conferir eficácia ao que foi acordado. Como decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.483-PR²⁶, uma vez homologado o acordo, o magistrado estará vinculado ao mesmo, conforme dispõe o §11 do art. 4º da Lei das Organizações Criminosas. Importa ressaltar, que a despeito do ato de homologação, tal momento não é o cabível para o magistrado exercer qualquer juízo de valor acerca da conveniência, da necessidade ou da veracidade dos termos do acordo. Assim, com o objetivo de resguardar a imparcialidade do juiz natural, deve o magistrado se restringir a uma análise de regularidade, legalidade e voluntariedade sobre o acordo, nos moldes do §7º da supracitada lei. Consequentemente, o juiz só adentrará no mérito da negociação no momento da sentença.

Em que pese exista essa limitação para a análise do mérito do acordo por parte do magistrado, a segurança jurídica no acordo de colaboração ainda é precária, uma vez que não há impedimentos de que, mesmo após a homologação do termo do acordo, o juiz faça novas apreciações a partir de critérios objetivos e subjetivos. Isso porque, consoante o §1º do art. 4º da Lei 12.850/13, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Ademais, o firmamento do pacto de colaboração é feito antes de se aferirem os resultados concretos das declarações do agente colaborador.

²⁶ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015.** Publicação no DJe em 04/02/2016.

Nesse contexto, o melhor cenário não é aquele que cancela ou modifica o acordo de delação, mas sim aquele em que há uma formalização do acordo como forma de prevenir violações à voluntariedade do colaborador e a estipulação de cláusulas arbitrárias. Assim, a homologação do acordo permite que haja um controle judicial acerca da restrição de direitos fundamentais acarretada pela concretização da colaboração, além de conferir segurança jurídica e previsibilidade para as partes. Como defende o jurista Geraldo Prado, a preservação do acordo homologado é forma de legitimar o pacto que suspendeu momentaneamente as garantias do agente colaborador, pois, caso contrário, estaria configurada uma fraude estatal por meio da qual o Estado Policial aproveitara para se infiltrar na esfera individual do investigado²⁷.

Percebe-se, assim, que diante da forçosa expansão do negócio jurídico processual da colaboração premiada como forma de exposição e repressão da macrocriminalidade econômica organizada, antes impune e protegida pelo sistema e sua seletividade patológica, é necessário um maior detalhamento na positivação desse instituto. A Lei 12.850/2013 representa um avanço nesse sentido, mas ainda carece de explanação sobre o alcance das colaborações, bem como no que toca aos direitos fundamentais do sujeito colaborador e do possível delatado.

Como já dito anteriormente, a natureza jurídica da colaboração premiada como meio de obtenção de prova foi conferida pela expressa previsão legal do artigo 3º, inciso I, da Lei 12.850/13 e corroborada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 127.483/PR, conforme se vislumbra em trecho do voto do Min. Dias Toffoli:

Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.²⁸

De acordo com o Manual ENCCLA (Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro) sobre Colaboração Premiada:

²⁷ PRADO, Geraldo. **Uma vez homologada a delação, pode a Justiça voltar atrás e rever o acordo?**. Justificando, 28/06/2017, online.

²⁸ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015**. Publicação no DJe em 04/02/2016.

A colaboração premiada é meio de obtenção de prova sustentada na cooperação de pessoa suspeita de envolvimento nos fatos investigados, buscando levar ao conhecimento das autoridades responsáveis pela investigação informações sobre organização criminosa ou atividades delituosas, sendo que essa atitude visa a amenizar da punição, em vista da relevância e eficácia das informações voluntariamente prestadas.²⁹

A prova penal é a base da definição da responsabilidade penal do agente. A partir das provas produzidas em um procedimento que tem por finalidade a busca da verdade é possível alcançar uma convicção ou estabelecer um juízo de certeza. O problema da verdade está orientado à descoberta de um fato, a uma afirmação (enunciado) sobre este fato. As provas produzidas, portanto, possuem a função de confirmar ou infirmar os enunciados que refletem as questões relevantes do processo.

Desse modo, a qualidade analisada na prova não está no fato em si, mas no que é dito pelo fato. Isso porque a busca da verdade não reingressa na dimensão da realidade, pois só quem vive a experiência concreta da realidade, ou seja, quem está presente nessa dimensão, é capaz de demonstrar a verdade. Assim, no lugar da verdade entra um atributo: ser o enunciado verdadeiro. O meio de prova, portanto, é o instrumento capaz de alcançar o juízo de certeza acerca dos enunciados, e conseqüentemente, fundamentar uma decisão penal.

Os meios de obtenção de prova diferem dos meios de prova, uma vez que uma pessoa não pode ser condenada com base em um meio de obtenção de prova, pois este apenas confirma a existência de uma prova. Os meios de prova, no entanto, servem para o convencimento direto do julgador no momento de decidir. Desse modo, infere-se que a natureza jurídica dos meios de obtenção de prova é de medida cautelar, cuja finalidade é a de descobrir os meios de prova.

A positivação dos meios de obtenção de prova constantes no art. 3º da Lei 12.850/13 surge como forma de obstar a criminalidade de mercado (das grandes corporações) e a criminalidade de Estado (dos agentes públicos que subvertem a lógica do Estado Democrático de Direito). Assim, os meios de obtenção de prova podem ser percebidos como métodos ocultos de investigação, porquanto necessitam ser clandestinos diante da complexidade das ações delituosas, sob pena de serem ineficazes.

²⁹ MPF, Ministério Público Federal. **Manual – Colaboração Premiada**. Brasília, 2014.

Conclui-se, portanto, que “os meios de obtenção de prova servem para obter aquelas coisas ou declarações que, por sua vez, servirão para demonstrar a realidade de um facto; trata-se de atividade de recolha dos meios de prova, sejam pessoais ou reais”³⁰. Enquanto os meios de prova devem ser submetidos ao crivo do contraditório judicial para serem aptos na finalidade de formar o convencimento do magistrado, os meios de obtenção de prova, em grande maioria, têm sua eficiência condicionada ao desconhecimento do investigado sobre aquela prática.

A partir disso, infere-se que a colaboração premiada enquanto fenômeno complexo de investigação, que envolve diversos atos (negociações, formalização, homologação, execução e concessão do benefício, em termos gerais)³¹, constitui-se como meio de obtenção de prova. Em sentido oposto, as declarações do agente colaborador são entendidas como meio de prova, podendo servir diretamente à formação do convencimento do julgador, desde que corroboradas por outros meios de prova. Nesse sentido, disciplina o §16 do art. 4º da Lei 12.850/13, *in verbis*: “§ 16. Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”³².

De maneira sucinta, Valdez Pereira explica o acima afirmado:

(...) ao afirmar que a colaboração premiada seria mero instrumento de obtenção de prova, na realidade, está se referindo, precisamente, ao acordo preliminar de colaboração firmado, de regra, na fase investigativa entre Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor; esse acordo de colaboração, por certo, não possui aptidão probatória³³.

Dessa forma, os elementos incriminatórios produzidos pelo agente colaborador em relação a terceiros e a ele próprio, além de estarem condicionados à corroboração por outros meios de prova, só serão qualificados como aptos a legitimar uma sentença penal condenatória após sua filtragem pelo contraditório, permitindo, assim, o direito de defesa

³⁰ JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2011, p. 139.

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 62.

³² Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

³³ PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada. Legitimidade e procedimento**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 189.

daqueles que venham a ser afetados pelas imputações e o respeito à norma legal sobre o livre convencimento do juiz constante no artigo 155 do Código de Processo Penal.

Isso porque, a prova que pode de maneira legítima fundamentar uma sentença penal não é apenas epistêmica, mas também jurídica. Ainda que se suponha que o livre convencimento do juiz o permita decidir conforme seu conhecimento, o mesmo vai ser orientado a direcionar sua consciência àquilo que é permitido como prova, ou seja, todo elemento informativo capturado de forma lícita que passar pelo crivo do contraditório judicial.

O processo criminal, nesse sentido, é uma entidade epistêmica e jurídica, e a face jurídica do processo, no tocante ao conhecimento e instrução, tem por objetivo controlar os métodos de conhecimento. Para permitir que a veracidade epistêmica, ou seja, a busca pelo conhecimento, não se sobreponha à valores considerados fundamentais na órbita jurídica e social (valores que informam o conceito de dignidade da pessoa humana), a dimensão jurídica proíbe conhecimentos via prova ilícita, como por exemplo, a tortura.

De igual modo, a dimensão jurídica pode criar limitações ao livre convencimento do juiz, como forma de evitar a supervaloração epistêmica da declaração do delator – dotada de pouca confiabilidade e difícil controle – no caso da colaboração premiada, além de reforçar a lógica da presunção de inocência e de que para se tolher a liberdade de alguém, o *standard* de prova é mais exigente.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

O presente capítulo, ao tratar da compatibilização da colaboração premiada com os princípios constitucionais do processo penal, não esgotará o estudo dos mesmos, de modo que o que se almeja é destacar os princípios relevantes para o questionamento sobre o “lugar da verdade” em um processo com colaboração premiada.

2.1 O devido processo legal

Não obstante o surgimento de novas técnicas de investigação e persecução penal, as características irrenunciáveis do sistema penal, como os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, devem subsistir frente ao poder arbitrário do Estado, pois consistem em conquista irreversível da luta democrática. Nesse sentido, o devido processo legal é um conjunto de garantias capazes de possibilitar às partes o exercício pleno de seus direitos, poderes e faculdades processuais³⁴, tornando-se a condição que assegura o Estado a exigir o cumprimento de uma sentença penal condenatória de forma legítima.

Assim, o princípio constitucional do devido processo legal, estudado no âmbito do direito penal, objetiva conferir legitimidade à busca estatal pela responsabilização criminal dos indivíduos que lesionarem as normas de conduta do ordenamento jurídico brasileiro. Tal princípio insculpido no artigo 5º, inciso LIV, da CF/88, declara que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Desse modo, todas as etapas do procedimento investigatório e do procedimento instrutório devem estar previstas em lei, porquanto se tratam de ações por parte do poder público que atingem diretamente a esfera privada do indivíduo.

No que se refere ao núcleo essencial de proteção à liberdade individual, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, valor fundante da ordem jurídica, política e social brasileira. Trata-se de um sobreprincípio paradigma que deve reger todas as relações em sociedade. Uma acusação dentro da esfera criminal afeta diretamente a dignidade da pessoa humana, pois gera um abalo

³⁴ BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

na sua reputação social e acarreta o risco de ter que suportar medidas cautelares constrangedoras sobre a sua liberdade ou seu patrimônio.

A restrição tolerável da tutela da dignidade da pessoa humana é definida pela ordem constitucional, com base no princípio da proporcionalidade. Desse modo, a relativização dos direitos fundamentais ocorrerá se necessária, adequada e proporcional à salvaguarda de outros direitos. A afetação da dignidade da pessoa humana é, nessa perspectiva, uma das consequências da jurisdicionalização dos métodos de arbitramento da responsabilização penal, a fim de afastar por completo os antigos métodos baseados na vingança.

Dessa forma, o impacto sobre essa tutela é legitimado pela investigação prévia à acusação, de modo que a primeira deve ser livre de caprichos, arbítrios ou juízo de valor do acusador. O equilíbrio entre a tutela da dignidade da pessoa humana e a limitação dessa tutela requisita que toda acusação criminal esteja apoiada em um conjunto de elementos informativos que demonstrem prévia e provisoriamente a idoneidade da própria acusação, não podendo estar baseada em mera suspeita. Nessa ótica, o processo penal se caracteriza por fundamentar a responsabilidade penal em determinado valor de verdade produzido no âmbito de um procedimento jurídico que será o norte da persecução criminal, tendo como fim uma sentença penal justa.

Por conseguinte, o devido processo legal, em termos principais, possui duas finalidades que almejam alcançar o escopo do processo penal, a tutela do poder de punir e a tutela da presunção de inocência. Logo, o processo representa uma garantia do indivíduo, e sua legitimidade decorre do emprego de técnicas que assegurem o exercício dos direitos e garantias fundamentais. Leciona Afrânio Silva Jardim ser inconcebível que o negociado prevaleça sobre o legislado, porquanto o caráter cogente das normas de direito público determina a sua observância obrigatória³⁵. Desse modo, para que o negócio jurídico da colaboração premiada seja válido, ele deve abarcar todas as garantias constitucionais instauradas com o devido processo legal e possuir normas procedimentais correspondentes. Somente assim, por meio de um procedimento desenvolvido conforme a lei e que envolva todas as garantias fundamentais, estará o Estado autorizado a adentrar na esfera da liberdade do indivíduo.

³⁵ JARDIM, Afrânio Silva. **Acordos de cooperação premiada. Polícia e o Ministério Público. Empório do direito**, 01/08/2017, online.

Conclui-se que ao mesmo tempo em que o processo penal democrático é meio legitimador do poder punitivo estatal e da restrição de direitos fundamentais, é também meio limitador de arbitrariedades, consagrando a qualidade de sujeito processual detentor de direitos às partes. Não obstante a proposta de difusão das estruturas de consenso em detrimento das estruturas de conflito entre os sujeitos processuais, com o objetivo de se alcançar não só a paz jurídica, mas também a paz social, a adoção da colaboração premiada como negócio jurídico processual apto a facilitar a persecução penal a partir da produção ou obtenção de elementos probatórios nada mais é do que retirar a qualidade de sujeito do acusado e transformá-lo em mera fonte de prova.

Ao exacerbar a função acusatória do Ministério Público transferindo funções que lhe são atípicas de acordo com o modelo de sistema acusatório, percebe-se o esvaziamento da posição de sujeito de direito do acusado no âmbito da colaboração processual. Essa posição foi conquistada em oposição ao modelo inquisitório e com a implementação de um modelo de processo adversarial, o qual corresponde de forma ideal à concepção de ser humano (*Menschenbild*) que emana de uma moderna constituição de um estado democrático, bem como ao ideal constitucional do processo justo (*fair trial*)³⁶.

Sendo assim, de acordo com Gustavo Badaró, o modelo clássico de justiça penal é aquele orientado pelo devido processo legal. Segundo o autor, esse modelo descreve o processo penal como um instrumento capaz de legitimar o poder punitivo estatal através de um procedimento cognitivo que leve à comprovação fática da hipótese formulada na acusação. Essa atividade é viabilizada a partir da demonstração da imputação além da dúvida razoável, com a aplicação da norma penal adequada e a sanção correspondente. Conclui o jurista que “o resultado do processo penal somente será justo e legítimo, caso se assente em três premissas: uma correta atividade epistêmica e uma adequada atividade hermenêutica, desenvolvidas sob o devido processo legal”³⁷.

Em sentido contrário, o modelo de justiça penal negocial concebe o processo penal como um instrumento de resolução de conflitos, de modo que a finalidade de verificação

³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano**. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 241.

³⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?**. In: BOTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 137.

fática da imputação apresentada pela acusação se torna desnecessária. Tendo em vista que a finalidade primordial desse modelo de processo penal consensual é a cessação da controvérsia jurídica entre as partes, a busca pela verdade material é acessória, comprometendo a legitimidade da atividade jurisdicional.

Por conseguinte, sob a perspectiva de um modelo de “consenso adversarial”, fundamentado na autonomia das partes para produzir e conduzir as provas, delimitando as questões fáticas e agindo conforme a melhor estratégia para o seu interesse, como um verdadeiro jogo processual³⁸, não há espaço para um Estado ativo, comprometido com a correta apuração dos fatos, ainda que se admita a impossibilidade de alcançar a verdade absoluta. Em contraposição, vigoraria um modelo de Estado reativo, que enxerga o processo penal como uma forma de solução de conflitos, no qual as partes são protagonistas na delimitação dos fatos a serem apurados³⁹.

Dessa forma, a flexibilização do devido processo legal no âmbito do direito premial fragiliza a busca da verdade material enquanto fundamento do processo penal, sob o argumento de autonomia das partes. Todavia, esse argumento é incabível quando se trata de uma decisão penal que adentra a esfera da dignidade da pessoa humana. A imputação de uma sanção penal, enquanto um mal associado a uma reprovação moral⁴⁰, se caracteriza por ser a mais grave das consequências jurídicas, de modo que não é razoável a legitimação por parte do Estado, enquanto tutor dos direitos fundamentais do indivíduo, da possibilidade de alguém optar por se submeter a uma pena (não obstante seu caráter premial no âmbito da colaboração premiada).

Nesse viés, Schünemann pretende explicar o caráter de ficção proveniente do princípio do consenso, cuja consequência se limita à destruição da relação de complementariedade funcional entre o processo penal e o direito penal material. O autor defende que apenas tal dinâmica de funcionalização garante uma condenação com base na verdade material, e não

³⁸ ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

³⁹ GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (Org.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 24.

⁴⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano**. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 246.

com base em qualquer consentimento do acusado⁴¹, uma vez que o direito material ao fixar as condições de legitimação do processo penal impõe o limite de indisponibilidade da proteção da dignidade da pessoa humana.

Haja vista a vedação do §6º do artigo 4º da Lei 12.850/13 acerca da proibição do juiz de participar das negociações da colaboração premiada, fica a cargo do Ministério Público escolher com quem celebrará o acordo, a definição dos termos do acordo e o estabelecimento da pena que for aceita pelo colaborador. Evidencia-se, desse modo, a concentração de funções pelo órgão de acusação, característica imprópria do modelo vigente de sistema penal acusatório. Com isso, não é possível que seja assegurada a paridade de armas no momento de celebração do acordo de delação, uma vez que de um lado está a autoridade responsável pela investigação munida de elementos propensos a incriminar aquele que está do outro lado, compelido a aceitar os termos que lhe foram apresentados, pois teme se submeter aos riscos inerentes do processo penal persecutório.

Essa situação pode levar a uma acusação assentada em interesses escusos, arbitrários e seletivos, uma vez que a decisão de negociar e os moldes em que se dará essa negociação independem de fundamentação por parte da autoridade que celebra a colaboração premiada, pois repousam no campo da discricionariedade permitida. Ademais, os termos do acordo previamente definidos entre as partes são levados ao juízo para convalidação meramente formal. Desse modo, a narrativa escolhida pelos órgãos de investigação é tida como “verdade” preestabelecida, em detrimento da verdade material construída por meio de um instrumento cognitivo, que permite o confronto de diferentes versões alicerçadas nas provas produzidas através do contraditório judicial.

Sobre esse tema, leciona Gustavo Badaró:

Da forma que a colaboração premiada vem sendo praticada no Brasil, a escolha de se haverá essa colaboração e a de com quem esta se fará ocorre num campo de extrema discricionariedade, para não se dizer de puro arbítrio do acusador. Não uma pauta de critérios ou mesmo simples parâmetros de com quem o Ministério Público pode colaborar ou, em sentido contrário, em que hipóteses deve celebrar o acordo. Inexistem mecanismos eficientes de controle da escolha do colaborador e, muito menos, transparência das negociações. Quando surge a primeira colaboração, normalmente na fase inicial da persecução penal, há uma hipótese fática previamente escolhida pelo investigador e pelo Ministério Público. A atividade de investigação, consistente na busca e obtenção de fontes de prova, pressupõe que o

⁴¹ Idem, p. 257.

investigador tenha formulado mentalmente a hipótese fática a ser investigada. Investiga-se, inicialmente, elementos que confirme tal imagem de como os fatos teriam se passado. Inegável que, em tal contexto, há uma preliminar disposição mental, a favor de que os fatos tenham se passado tal qual imaginado pelo investigador e, o que é mais grave e inevitável, facilmente essa concepção prévia poderá se converter na decisão final.⁴²

De acordo com as lições de Schünemann, o fim maior de todo e qualquer instituto do processo penal é a aptidão para a descoberta da verdade material, de modo que os demais fins provêm deste primeiro ou entram em cena de forma a complementar apenas como medida preventiva de efeitos colaterais danosos. Afirma o autor que as diversas teorias da verdade não são capazes de refutar essa compreensão e que basta a consciência de que a capacidade cognitiva humana é limitada no que se refere ao esclarecimento de um fato passado para definir a necessidade de uma estrutura processual que objetive a busca mais próxima da verdade material por meio da investigação dos fatos⁴³.

O devido processo legal é, nesses termos, o meio através do qual o ordenamento jurídico brasileiro autoriza a persecução estatal e garante a prolação de uma sentença penal justa. O ideal de justiça, à vista disso, está relacionado à capacidade do órgão de acusação em afastar a presunção de inocência do acusado mediante elementos de prova lícitos que confirmem à sentença penal um valor de verdade compatível à verdade substancial. Desse modo, Michele Taruffo leciona que o processo judicial, concebido por um modelo racional-legal de justiça, se conduz à investigação da verdade possível, uma vez que “uma reconstrução verídica dos fatos da causa é uma condição necessária da justiça e da legalidade da decisão”⁴⁴.

Nessa mesma perspectiva, Schünemann afirma que:

(...) para que se garanta a aplicação e imposição da norma de sanção é necessário que a violação da norma de conduta seja comprovada e sancionada no processo penal; a primeira e última finalidade do processo penal consiste, destarte, na comprovação segura de que a norma de conduta fora realmente violada; o processo

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?**. In: BOTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 142.

⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano**. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 245.

⁴⁴ TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial**. In: Processo, prueba y estándar. Santiago Ortega Gomero. Director. ARA: Lima, 2009, p. 33.

penal deve ser então assim estruturado, de forma a levar ao esclarecimento da *verdade material*, ou seja, à segura determinação do fato supostamente praticado.⁴⁵

O princípio penal constitucional do devido processo legal abarca também o princípio de jurisdicionalização da pena, o que nos leva a concluir que a sanção penal está constitucionalmente jurisdicionalizada, de forma que a mesma não pode ser aplicada sem o processo penal legal e por figura diversa do Poder Judiciário (*nulla poena sine iudicio*). Partindo da premissa de que não há sentença sem processo e, portanto, é necessário que haja um processo penal para que se imponha a pena, ainda que o suposto autor queira se submeter à sanção penal por meio do acordo de colaboração, não o poderia fazê-lo sem a instauração do processo, ou seja, sem a verificação da justa causa por parte do juízo.

Isso porque, ultrapassada a fase da vingança privada e consagrada a vigência do Estado Democrático de Direito, o monopólio da pretensão punitiva passou a ser exclusivamente do Estado, por meio do qual estará legalmente autorizado a exercer o *jus puniendi*. Como já afirmado no presente estudo, o fundamento da legitimidade da função jurisdicional está na atividade cognitiva de busca pela verdade nos limites reais que a reconstituição pelas provas possibilita⁴⁶.

Sendo assim, o nexó entre delito e sanção é aferido a partir do valor de verdade obtido por meio do contraditório capaz de demonstrar a existência da infração penal e a correspondente responsabilidade penal do autor. Todavia, o que ocorre na colaboração premiada é a concepção desse nexó a partir do comportamento processual do acusado. Assim, a pena enquanto consequência jurídica da infração penal se transforma em “instrumento de instrução dirigido a colocar o imputado nas mãos da acusação e a forçar a sua vontade para que confesse ou colabore em troca de prêmios ou favores”⁴⁷.

Mais grave ainda do que a negociação da qualidade e da quantidade de pena por parte do Ministério Público é a negociação sobre a exigência de sua imposição. Uma das inovações trazidas pelo dispositivo legal que disciplina a colaboração premiada foi a possibilidade de não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público no caso do sujeito passivo colaborador, voluntaria e efetivamente, auxiliar na investigação criminal – seja identificando coautores e

⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano**. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 244.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1997, p. 544.

⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 661.

partícipes da organização criminosa, seja permitindo a localização de uma vítima com sua integridade física preservada etc. –, desde que esse colaborador não seja o líder da organização criminosa e tenha sido o primeiro a colaborar de modo efetivo.

Todavia, é perceptível a mitigação de um dos princípios basilares do modelo vigente de sistema penal acusatório, qual seja o da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada. Nessa ótica, se verificados os indícios de autoria e materialidade, assim como presente a justa causa, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia para dar-se início a fase processual da persecução criminal. Em sentido contrário, a partir da previsão do artigo 4º, parágrafo 4º da Lei 12.850/13, o Ministério Público pode não oferecer a denúncia como prêmio ao sujeito passivo colaborador, que ao colaborar, necessariamente reconheceu sua autoria acerca de alguma infração penal.

Cumprе ressaltar que o prêmio previsto no artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/13, que permite o não oferecimento da denúncia ao colaborador que não for líder da organização criminosa e for o primeiro a colaborar efetivamente, não exime a acusação de promover uma investigação criminal formal contra o colaborador, tendo em vista a necessidade de comprovação dos dois requisitos anteriormente descritos, bem como para a análise e convalidação pelo Juízo.

Defende-se aqui a possibilidade de controle judicial acerca da decisão de rejeição da denúncia como prêmio ao colaborador, podendo o juízo, dessa forma, discordar da decisão por analogia ao art. 28 do Código de Processo Penal. Isso porque, ainda que a lei que regula a colaboração premiada não preveja esse trâmite, a garantia dos direitos fundamentais compete ao órgão julgador. Nesse contexto, de acordo com o postulado da reserva constitucional de jurisdição, a decisão acerca da prática de determinados atos que restrinjam o exercício de direitos e garantias individuais no proveito da investigação ou do processo é atribuída unicamente ao Juiz. Trata-se, portanto, de decisão judicial de natureza administrativa, uma vez que o controle da obrigatoriedade da ação penal é feito pelo magistrado.

No tocante ao afastamento da obrigatoriedade da ação penal pública por decisão do Ministério Público, importa ressaltar que a decisão final acerca do arquivamento da denúncia pelo Poder Judiciário deve ser feita com base em um juízo de legalidade, e não em um juízo de mérito, sob risco de subversão da natureza imparcial do juiz. Assim, como defende o professor e jurista Geraldo Prado, o ideal é que houvesse um controle popular sobre a atuação

do Ministério Público nos acordos de colaboração premiada, como maneira de limitar sua discricionariedade e impedir a usurpação da competência exclusiva do órgão ministerial para o exercício da ação penal pública⁴⁸.

Isso porque, a ação penal de iniciativa pública pertence à sociedade e configura um direito de reação quando há um interesse social prejudicado pela violação da normal penal⁴⁹, em reforço ao caráter público do direito penal e da função de prevenção geral da norma. Portanto, conforme a lição de Ferrajoli, a obrigatoriedade da ação penal de competência privativa do Ministério Público é um consectário lógico das características estruturais do sistema garantista de direitos, porquanto representa a necessidade de revestimento de legalidade e igualdade dos atos públicos de modo a afastar ações arbitrárias ou seletivas⁵⁰.

2.2 A presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, constante no art. 5º, inc. LVII, da CF/88, atualmente está condicionado a sua dimensão probatória, tendo em vista que alguém só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, o momento em que se descaracteriza a presunção de inocência é aquele em que não é mais possível a rediscussão do caso concreto. Em sua dimensão probatória, a presunção de inocência desonera o acusado de provar que é inocente, onerando o acusador de provar a responsabilidade penal daquele que está acusando.

Além dessa dimensão, a presunção de inocência comporta outras duas. A dimensão pessoal, no que se refere à capacidade de interferência na liberdade ambulatorial do indivíduo quando sobrevier o trânsito em julgado de sentença condenatória criminal, não obstante a relativização atual com a possibilidade de prisão após confirmação em segunda instância. E a dimensão patrimonial, pois a sentença condenatória transitada em julgado tem também como efeito o reconhecimento da responsabilidade civil do indivíduo culpado.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. **Saída pela Democracia: “Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade.”** Conjur, 2017, online.

⁴⁹ SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal constitucional: pós-reforma de 2008.** In: FILIPPETO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017, p. 66.

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do garantismo penal.** 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 457.

Cumprе ressaltar que o que se impõe a partir do princípio da presunção de inocência são regras de tratamento, as quais devem ser observadas pelo poder público. Estas se subdividem em regras de tratamento pessoal, “segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação”⁵¹, e regras de tratamento probatório, as quais incumbem ao órgão acusatório o dever de demonstrar, por meio de elementos informativos de materialidade delitiva e de autoria do fato imputado, os fatos constitutivos da pretensão punitiva estatal.

Desse modo, ao afastar a imposição da carga probatória do acusador, pressuposto necessário para o rompimento da presunção de inocência, e transferí-la ao próprio imputado, a colaboração premiada distorce a presunção de inocência em uma presunção de culpa/dever de confissão, maculando as premissas do processo penal democrático. Assim, o instrumento negocial acarreta uma ruptura na dialética processual, diminuindo a garantia de defesa do acusado. Consequentemente o indivíduo se vê em um cenário no qual ele precisa optar por abdicar do seu direito constitucional a não autoincriminação, caso contrário estará propenso a sofrer uma sanção penal mais grave na hipótese de escolha do exercício do direito ao processo tradicional.

A exigência de renúncia ao direito ao silêncio constante na legislação reguladora do instituto da colaboração premiada (art. 4º, §14, L. 12.850/13) acarreta o abandono a um consectário fundamental do modelo acusatório de sistema penal, qual seja o princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém é obrigado a acusar a si mesmo). A autoincriminação do colaborador é, portanto, um pressuposto lógico da delação premiada, uma vez que para alcançar a redução ou a isenção da pena através da prestação de informações relevantes para a investigação sobre a organização criminosa, o agente colaborador estará admitindo a sua participação na trama delituosa.

O direito de permanecer em silêncio e enfrentar um processo penal acusatório é minado pela oferta de redução na pena como prêmio pela confissão. Aquele que se dispor a celebrar um acordo com o Ministério Público estará abrindo mão do seu direito a não autoincriminação para ser recompensado, enquanto aquele outro que optar por fazer uso legítimo do seu direito de defesa correrá o risco de sofrer uma sanção demasiadamente mais

⁵¹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48.

severa. Esse cenário propicia a verdadeira mercantilização do processo penal, transfigurado em um jogo de estratégias e esvaziado do seu principal fim, o descobrimento da verdade material.

Há grande divergência doutrinária acerca da constitucionalidade do §14 do art. 4º da L. 12.850/13 no que diz respeito à renúncia ao direito a não autoincriminação. Aqueles que entendem essa previsão legal como inconstitucional defendem que a legislação infraconstitucional não pode excepcionar a garantia fundamental ao silêncio prevista em norma de hierarquia máxima, a Constituição.⁵² Por outro lado, a doutrina de defesa da sua constitucionalidade prevê que para ser legítima, a renúncia deve estar fundada na voluntariedade do agente colaborador. Nesses termos, para Maria Elizabeth Queijo, “desde que não haja nenhuma forma de coação para compeli-lo a cooperar e que o acusado seja instruído quanto ao direito ao silêncio, não há violação ao *nemo tenetur se detegere*”⁵³.

Desse modo, a voluntariedade do colaborador enquanto requisito de validade da colaboração premiada, conforme caput do art. 4º da L. 12.850/13, é o meio de assegurar a liberdade na renúncia temporária de direitos fundamentais por parte do indivíduo, sob risco de grave violação ao valor intransponível de dignidade da pessoa humana. Mesmo em um cenário em que são oferecidas excelentes vantagens em troca de auxílio na persecução estatal, deve ser obedecida a liberdade psíquica do acusado na escolha de exercer restritivamente seu direito fundamental a não autoincriminação. Nesse sentido, Cezar Bitencourt e Paulo César Busato lecionam que “o réu simplesmente não está obrigado a fazer prova contra si em circunstância nenhuma, mesmo a pretexto de ‘colaborar’ com a Justiça”⁵⁴.

Como consequência, tendo em vista a possibilidade de retratação da proposta de acordo de colaboração, previsto no §10 do art. 4º do dispositivo legal supramencionado, se o colaborador não quiser mais cumprir seus termos, o Ministério Público não pode utilizar as provas autoincriminatórias produzidas até então exclusivamente em seu desfavor, pois o investigado não pode ser usado como instrumento na construção da própria punição. O que se

⁵² SANTIAGO NETO, José de Assis. **A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo.** In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016, p. 42.

⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258.

⁵⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei. 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 135.

observa, no entanto, é a “supressão do dever acusatório de produzir provas lícitas para romper com a presunção de inocência” e um processo que depende fundamentalmente da colaboração daquele que se pretende condenar⁵⁵.

Além da verificação acerca da voluntariedade da colaboração premiada, o juízo deve buscar outros meios de prova além da confissão para comprovar a verossimilhança das declarações do colaborador. Isso porque haja vista o efeito de incriminar terceiros, pelo menos no que se refere à prática de um crime de organização criminosa, a colaboração premiada representa um meio processual idôneo de obtenção de provas que atinge diretamente os direitos fundamentais das pessoas delatadas⁵⁶.

Dessa forma, defende-se aqui, em razão da necessidade de observância da presunção de inocência do delatado, que o mesmo possa exercer seu direito de autodefesa e confrontar por meio do contraditório a imputação que lhe foi atribuída pela colaboração premiada de outro corréu. Entretanto, decidiu o Pleno do Supremo Tribunal Federal (HC 127.483/PR de 2015, de relatoria do Min. Dias Toffoli) que “o acordo de colaboração, como negócio jurídico personalíssimo, não vincula o delatado e não atinge diretamente sua esfera jurídica”, de modo que o interesse processual em impugnar o depoimento do colaborador só surgirá quando for alvo de uma denúncia com base no objeto da colaboração.

Ademais, há que se atentar para a superavaliação epistêmica que ocorre em relação às declarações do agente colaborador, não obstante os diversos interesses pessoais que fundamentam a escolha daquele indivíduo pela colaboração premiada. Essa superavaliação não ocorre somente em juízo, como também perpassa pela compreensão da sociedade sobre o que está sendo dito pelo colaborador. Ao serem divulgados trechos de colaborações premiadas através da mídia, independente do contexto processual em que elas ocorrem, a sociedade frequentemente acolhe aquela revelação de suposta infração criminal como verdade inexorável.

⁵⁵ GUEDES, Gabriel P.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Renúncia ao direito à não autoincriminação?** In: GIACOMOLLI, Nereu J.; AZAMBUJA, Mariana (Org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: Iea, 2015, p. 232-233.

⁵⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017, p. 146.

Todavia, a verdade da evidência, no sentido do que é claro e aparente, não deve prevalecer sobre a verdade da prova, e a colaboração premiada enquanto meio de obtenção de prova não pode representar a verdade material meramente baseada em um juízo de plausibilidade. Ao incidir sobre a esfera da dignidade da pessoa humana do delatado, revelando o suposto cometimento de crimes no âmbito da organização criminosa, as declarações do colaborador necessariamente devem ser submetidas a um exigente grau de prova corroborativa.

Nesse sentido, aduz Walter Bittar que “a colaboração, nos casos de uma delação premiada, necessita da confissão do agente como pré-requisito para a configuração do instituto e esta impõe, para sua validade legal, o reconhecimento judicial”⁵⁷. O reconhecimento judicial, por sua vez, ocorrerá quando a confissão for confrontada com as demais provas produzidas e por elas corroborada. Isso porque, a previsão do §16º do art. 4º, da L. 12.850/13 estabelece que ninguém poderá ser condenado apenas com base nas declarações do agente colaborador.

Sendo assim, esse limite ao livre convencimento judicial ocorre tanto no que se refere aos corréus incriminados, quanto ao próprio colaborador. A responsabilidade do agente colaborador, portanto, deverá ser demonstrada pela acusação através de novos elementos probatórios que corroborem as declarações obtidas com o acordo de colaboração, por meio do contraditório, tendo em vista que este é condição de validade dos atos processuais praticados pelas partes. Nesse sentido, o juízo de certeza acerca da culpabilidade do agente colaborador só será alcançado através da atividade probatória em juízo, observados os procedimentos normativamente preestabelecidos e que assegurem as garantias fundamentais do indivíduo.

De maneira sucinta evidencia Geraldo Prado:

(...) a dispensa da prova objetivando a imposição imediata de sanção penal representa, sob todos os ângulos, admissão de culpa. (...) E, se há condenação sem prova, outra conclusão não se pode chegar a não ser que o imputado está sendo tratado como “culpado”!⁵⁸

⁵⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p, 161.

⁵⁸ PRADO, Geraldo. **Transação Penal**. 2ª ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2006, p. 211-212.

A presunção de inocência do colaborador, assim, subsiste até que sobrevenha a sentença condenatória judicial, porquanto “a culpabilidade somente pode ser declarada por uma sentença, ato judicial derivado da inderrogabilidade da jurisdição”⁵⁹. Desse modo, tendo em vista que para se constituir válida, a sentença deve representar um juízo de certeza construído por meio da demonstração dos fatos enunciados pelas partes, a dimensão probatória da presunção de inocência necessariamente deverá ser observada. Caso contrário, a verdade formal baseada em mera probabilidade produzida pela acusação servirá como decreto condenatório do acusado, maculando conseqüentemente as premissas básicas do modelo acusatório de processo penal.

2.3 As funções da pena e incompatibilidades – o que legitima a punição?

Dentre as sanções premiais previstas a partir do instituto da colaboração premiada estão o perdão judicial, a diminuição em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direitos. Na hipótese de ocorrer a colaboração premiada posteriormente à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. Além disso, o agente colaborador poderá ser beneficiado com o não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público na hipótese em que não for o líder da organização criminosa e tiver sido o primeiro a prestar efetiva colaboração.

No que se refere ao perdão judicial, o mesmo pode ser definido como:

o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando-o não passível de pena, atendendo a que, agindo dessa forma, evita um mal injusto por desnecessário, e o acusado não tornará a delinquir.⁶⁰

Sendo assim, no âmbito da colaboração premiada, em que há uma ação pós-delitiva do acusado, parte da doutrina entende que nesse caso a natureza jurídica do perdão judicial será de sentença penal condenatória e esta liberará o sujeito da pena. Nesse sentido, as causas de

⁵⁹ LOVATTI, Sheila Mayra Lustoza de Souza. **Justiça Penal Negociada**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 30.

⁶⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Perdão Judicial**. In: **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**. Ano III, número 10. Rio de Janeiro, 1965, p. 73.

liberação de pena “exigem sempre um comportamento pós-delitivo positivo e voluntário por parte do sujeito, e baseia a isenção de pena no cumprimento parcial dos fins da pena”⁶¹.

No entanto, é possível afirmar que houve a partir da colaboração premiada, o cumprimento, pelo menos, parcial dos fins da pena? A não aplicação da retribuição estatal está orientada pela prevenção geral ou especial de futuros delitos? O que se percebe é a escolha de uma opção utilitarista, representada pela colaboração premiada enquanto medida de política criminal, que entenderá a retribuição do Estado como um prêmio, tendo como finalidade um maior alcance nas suas perseguições criminais.

A premialidade presente no instituto da colaboração processual advém de uma relação de troca entre a prestação de um comportamento pós-delitivo positivo por parte do agente investigado, acusado ou condenado, e a contraprestação proveniente da autoridade judiciária definida como a vantagem de não punibilidade ou de atenuação de pena. Não se enxerga aqui a premiação como processo de recuperação da capacidade de convivência social e de respeito às normas de conduta. A sanção premial da delação processual está muito mais ligada aos interesses persecutórios do órgão de acusação decorrentes da colaboração prestada do que aos efeitos preventivos nela contidos.

Dessa forma, a razão utilitarista por trás da ascensão dos mecanismos negociais atinge o próprio colaborador, e como consequência vai de encontro às funções retributiva e preventiva da pena. Isso porque, primeiramente, ao conjugar sanção negativa com o prêmio pela conduta pós-delitiva, a função retributiva clássica da pena é relativizada. A ideia de pena como retribuição pelo mal praticado pelo agente é mitigada diante do cenário de cometimento de um crime, na maioria das vezes, de grande significância penal, cuja reprimenda é desproporcional à gravidade do delito. Em relação à função preventiva especial da pena, destaca-se que na base motivadora do aceite do acordo por parte do colaborador não predomina o arrependimento e a predisposição para se conformar com o direito, mas sim a confissão como meio de recompensa.

A pena imposta não será aquela necessária à proteção dos bens jurídicos como orienta a ideia de prevenção geral, mas uma pena muito menor, vinculada aos resultados concretos

⁶¹ CABANA, Patrícia Faraldo. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 98.

decorrentes da colaboração prestada. Observa-se, assim, a violação ao princípio constitucional da proporcionalidade.

Há quem defenda ainda que com a propagação dos acordos de colaboração premiada cria-se um modelo de direito penal de terceira via, em que erige a reparação do dano como um dos objetivos primordiais da persecução penal, em substituição ou atenuação da pena restritiva de liberdade dos réus colaboradores⁶². Assim, tendo vista a natureza de negócio jurídico processual do acordo de colaboração premiada, ao prestigiar a dimensão de reparação do dano causado, consagra-se o fenômeno da “privatização do direito penal”⁶³. Como exemplo, extrai-se a recuperação de quantias vultosas subtraídas por organizações criminosas infiltradas na Administração Pública direta e indireta, a partir da operação Lava Jato⁶⁴.

Desse modo, o direito penal de terceira via seria caracterizado com base em três finalidades atribuídas ao processo penal moderno: (a) retributivo-preventiva, (b) reparatória e (c) confiscatória⁶⁵. Como leciona Luiz Flávio Gomes, a base moderna do redimensionamento da resposta estatal frente aos delitos macroeconômicos nos acordos de colaboração premiada tem por combinação o sistema *short-sharp-shock* (prisão intensa e curta, porém efetivamente cumprida) com o sistema de reparação dos danos e o confisco de tudo que foi ganho ilicitamente⁶⁶.

Ao tratar do direito penal de terceira via, Claus Roxin leciona que a reparação entendida como sanção penal autônoma deve desenvolver-se no âmbito das penas e das medidas de segurança, pois, não obstante seu caráter civil de compensação do dano, a reparação deve servir para alcançar as finalidades tradicionais da pena, quais sejam a prevenção geral e a especial⁶⁷. Para o autor, o princípio fundante do modelo de direito penal de terceira via é o

⁶² DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, 2017, p. 285.

⁶³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 18ª Edição. Niterói: Impetus. 2016, p. 12.

⁶⁴ Até 31 de agosto de 2017, de acordo com os dados do Ministério Público Federal, R\$ 10,3 bilhões são alvo de recuperação por acordos de colaboração premiada, sendo R\$ 756,9 milhões objeto de repatriação. Ainda, R\$ 3,2 bilhões em bens dos réus já foram bloqueados. MPF, Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. s/d, online.

⁶⁵ GOMES, Luiz Flávio. **A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem**. In: DOTTI, René Ariel; PRADO, Luiz Regis (Org.). Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 643-644.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas**. Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

princípio da subsidiariedade, porquanto legitima a possibilidade de renúncia à pena, desde que atendidas as finalidades preventivas por meio da realização de uma prestação positiva orientada à superação das consequências do crime.

A maior significação dada à reparação do dano no mecanismo negocial da colaboração premiada pode ser exemplificada a partir das informações prestadas pelo Ministério Público Federal acerca dos critérios que seus representantes utilizam para realizarem o acordo. Segundo o órgão ministerial, diversas variáveis são consideradas, como a recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, as novas informações sobre crimes e coautores, provas que serão disponibilizadas pelos colaboradores e a relevância dessas para a investigação. Ademais, afirmam que o acordo apenas é feito quando os benefícios advindos com a colaboração superam substancialmente os custos para a sociedade⁶⁸.

Não obstante o redimensionamento da resposta punitiva para algo mais próximo do âmbito restaurativo, é necessário que haja respaldo legal na cominação da sanção ou na dispensação da mesma, sob o risco de se gerar decisões arbitrárias e orientadas por interesses escusos. Ademais, imprescindível o respeito ao princípio constitucional da legalidade penal, insculpido no art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, o qual profere que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Tendo em vista que é papel da acusação, na figura do Ministério Público, redigir os termos do acordo e ofertar os benefícios das sanções premiaais, é fundamental que haja rigoroso controle judicial sobre as delimitações dessas sanções, caso contrário, haverá “indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador em razão de seu papel nevrálgico na determinação da culpabilidade e da pena ao imputado”⁶⁹.

De igual modo, devem prevalecer as finalidades públicas na cominação da sanção premial, preservando a proporcionalidade da punição – ainda que abrandada com a possibilidade dos prêmios previstos no caput do art. 4º da Lei 12.850/2013 – com o delito cometido e os resultados auferidos com a colaboração do agente, bem como atentando-se para a repercussão social da sentença fruto do instrumento negocial.

⁶⁸ MPF, Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. s/d, online.

⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM. 2015, p. 215.

O discurso utilitário-economicista justificador da implementação do acordo de colaboração premiada não pode acarretar a busca do poder estatal por um resultado meramente patrimonial no processo, ante o risco de se gerar a mercantilização do processo penal, a qual beneficiaria majoritariamente as classes econômicas, envolvidas nos grandes esquemas de corrupção e lavagem de dinheiro. Necessário, portanto, que seja respeitado os critérios legais de dosimetria da pena, de modo a não ocasionar uma resposta punitiva não isonômica e seletiva.

3. O ÔNUS DA PROVA E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO COLABORADOR

O terceiro e último capítulo trabalhará as questões controvertidas trazidas com o instituto da colaboração premiada, mais especificamente no tocante ao ônus da prova e às consequências do inadimplemento das obrigações do colaborador.

3.1. Ônus da prova na colaboração premiada

A) para aceitação da colaboração (regra de corroboração)

Haja vista todo o exposto até aqui, observa-se que o devido processo legal é o procedimento adequado que assegura o Estado a exigir o cumprimento de uma sentença penal condenatória de forma legítima. Essa legitimidade depende de que se considere provada a existência da infração penal e também a responsabilidade penal do acusado. A partir disso, atribui-se à prova penal uma função política, tendo em vista sua capacidade de legitimação do sistema de responsabilização penal, quando produzida através da observância do contraditório, da ampla defesa e da publicidade.

Partindo da premissa que o objeto da prova são os fatos trazidos pelas partes, infere-se que a prova é o meio de resolução das questões de fato, representando, portanto, o instrumento de construção da convicção do julgador. Ademais, não apenas o Juiz é o destinatário da prova, mas a sociedade também, uma vez que exerce um juízo político acerca da sentença penal condenatória. Desse modo, o controle que o Juiz deverá realizar sobre a prova é de pertinência, entendida como a relação entre o fato que se pretende provar e o meio de demonstração desse fato, e nunca de suficiência.

Assim, o sistema vigente de valoração da prova surge “como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz, ao tempo do sistema inquisitivo, (...) com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova (...)”⁷⁰. Nesse

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 285.

sistema, o legislador fixa previamente um valor para cada meio de prova, ou seja, cria um *standard* de prova. Esse valor varia de acordo com o grau de exigência que aquela prova deverá ter para estabelecer o juízo de certeza acerca dos fatos apresentados pelas partes. O grau mais exigente é o do processo penal, no qual a prova apta a fundamentar uma sentença penal condenatória é aquela capaz de formar um juízo de alta probabilidade, além da dúvida razoável e, portanto, válida a afastar a presunção de inocência do acusado.

A partir disso, instituiu-se um “regime de prova legal negativa” no que se refere à colaboração premiada⁷¹. Ou seja, ao estabelecer um critério de valoração das contribuições probatórias decorrentes das informações do agente colaborador, exigindo que o conteúdo da colaboração processual seja confirmado por outros probos elementos de prova, o legislador determinou que a delação premiada, por si só, é insuficiente para fins condenatórios. Dessa forma, cria-se uma regra de corroboração necessária e indispensável para que as declarações do colaborador sejam aptas à formação do convencimento judicial.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 127.483/PR⁷² firmou o entendimento de que o acordo de colaboração premiada, enquanto meio de obtenção de prova, não se confunde com os depoimentos propriamente ditos do colaborador que, por sua vez, constituem meio de prova, cuja corroboração por outros meios idôneos de prova é necessária para formação do convencimento judicial. Apesar de não haver uma delimitação quanto à natureza dos elementos que compõe essa regra de corroboração, pretende-se considerar idôneos os elementos de corroboração quando aptos a promover a verificação da credibilidade dos fatos revelados pelo colaborador, mais do que representar prova direta dos fatos declarados⁷³.

Desse modo, para que as declarações do colaborador, enquanto dotadas de pouca confiabilidade devido ao interesse direto do agente no objeto do processo, “sejam suficientes para justificar a aceitação da verdade da hipótese acusatória”⁷⁴, requer-se que sejam

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?**. In: BOTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p. 135.

⁷² STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015**. Publicação no DJe em 04/02/2016.

⁷³ QUINTANAR DIEZ, Manuel. **La justicia penal y los denominados “arrepentidos”**. Madrid: Edersa, 1996, p. 171.

⁷⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 119.

confirmadas por elementos informativos externos às mesmas. Assim, para a observância do critério de valoração da prova penal, quando diante de uma narrativa complexa do colaborador, que envolva a imputação de diversas infrações penais e coautores, entende-se que os elementos de corroboração devem ratificar todo o conjunto de revelações para fundamentar possível juízo condenatório, rechaçando o caráter generalizante da corroboração.

Nesse sentido, a necessidade de confirmação por elementos externos prejudica o valor probatório conferido pela chamada corroboração cruzada ou *mutual corroboration*, definida como a capacidade de declarações do colaborador constituírem elemento de corroboração de declarações de outro agente colaborador. Isso porque, haja vista o reconhecido grau de insuficiência probatória das declarações do colaborador a partir da previsão do §16 do art. 4º da Lei 12.850, permitir a sua corroboração por elementos de prova dotados da mesma debilidade – declarações de outro colaborador – em nada contribui para a formação da convicção além da dúvida razoável. Nesse viés, o Supremo Tribunal Federal afirmou no julgamento do HC 127.483/PR que “para fins de corroboração das “declarações heteroinculpatórias” do agente colaborador, não são suficientes, por si sós, as declarações harmônicas e convergentes de outro colaborador”⁷⁵.

No que se refere ao ônus imposto ao agente colaborador para a aceitação das suas informações e a consequente formalização do acordo de colaboração, além do dever de veracidade imposto pela legislação regulamentadora do instituto negocial, entende-se que as suas declarações devem ser homogêneas e coerentes⁷⁶, de modo que não podem apresentar lacunas ou contradições. Nessa perspectiva, o autor Walter Bittar estabelece alguns critérios elucidativos a serem observados para que o depoimento do colaborador seja considerado meio de prova, tais quais: 1) a credibilidade do declarante, por meio de dados como a sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; 2) a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; 3) a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração⁷⁷.

⁷⁵ STF, Superior Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015.** Publicação no DJe em 04/02/2016.

⁷⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 73.

⁷⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada.** 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 196.

Assim, diante da falta de credibilidade *a priori* das declarações do colaborador, em razão do evidente incentivo à colaboração através do oferecimento de excelentes benefícios por parte das autoridades investigativas, evidencia-se um forte interesse pessoal por trás do aceite em colaborar. Dessa forma, cabe ao juízo analisar os motivos que levaram o agente a colaborar a fim de evitar a negociação de informações movida por inclinações de vingança.

A versão isolada do colaborador, portanto, é insuficiente para fundamentar uma acusação, a qual depende da demonstração da justa causa. A conformidade dessa versão com os outros elementos de prova é o que garantirá o juízo de admissibilidade da acusação e a consequente possibilidade de validação do acordo de colaboração premiada.

Destarte, a regra de corroboração é uma forma de determinar a imprescindibilidade do processo penal enquanto procedimento legítimo para a correta apuração dos fatos, momento em que se dará concretude ao exercício do direito do contraditório e da ampla defesa, em vistas de se constituir uma verdade substancial e válida, de modo a viabilizar uma sentença penal dotada de presunção de veracidade.

B) para responsabilização penal da pessoa delatada

No modelo acusatório, o Ministério Público exerce papel essencial na deflagração do processo nos crimes de ação penal pública, enquanto titular da mesma e orientado pelo princípio da obrigatoriedade. Conexo ao poder de acusação está o direito à prova, indispensável à concretização do poder de ação. Sendo assim, trata-se de direito subjetivo do órgão acusador, tendo que a parte contrária suportá-lo. Como direito de resistência à pretensão acusatória existe o direito de defesa, que abrange o direito do acusado de também produzir provas.

O fato de existir um direito à prova não obriga ao sujeito processual um dever de provar. O ônus da prova é a situação jurídica na qual se encontra a parte em virtude do que caberá a ela a realização de atos probatórios para a obtenção de uma decisão jurídica favorável. A distribuição do ônus da prova no processo penal está orientada pela presunção de inocência. Desse modo, o primeiro ônus que se constitui com a deflagração do processo

pertence à acusação, sendo o ônus da defesa demonstrar a existência de fatos impeditos, modificativos ou extintivos da criminalidade da conduta descrita na denúncia.

Nesse sentido, infere-se não ser possível afastar a presunção de inocência da pessoa delatada sem a atividade probatória realizada no âmbito do processo penal. Como leciona Aury Lopes Jr., os elementos de convicção que foram produzidos na fase investigativa e que se pretenda fazer o uso no momento da fundamentação da sentença penal devem ser, necessariamente, repetidos na fase processual⁷⁸. Isso porque, o princípio do contraditório, consectário lógico do devido processo legal, é condição de validade da prova no processo penal. Desse modo, os elementos informativos colhidos na investigação só servirão como meio de prova para o convencimento do julgador se passarem pelo crivo do contraditório judicial.

Assim, nenhum meio de prova produzido unilateralmente pode ser utilizado como fundamento para um juízo condenatório, uma vez que representa mera verdade formal e opinativa da acusação. Para que o juízo condenatório esteja revestido de validade ético-jurídica é necessário que os elementos que pretendem demonstrar a culpabilidade do delatado tenham sido discutidos através do contraditório judicial e combatidos por meio da ampla defesa, como forma de se alcançar um juízo de certeza por parte do julgador.

Dessa forma, entende-se que ainda que as declarações prestadas pelo colaborador possuam natureza jurídica de meio de prova, as mesmas devem ser confirmadas em juízo e corroboradas por outros distintos meios de prova, caso contrário não se caracterizará como prova válida para a responsabilização da pessoa delatada. Nesse sentido, a simples declaração do corréu que impute o cometimento de infração penal a outrem não é suficiente para afastar a presunção de inocência deste último. É necessário que esse meio de prova possa ser confrontado por aquele que sofre a imputação, uma vez que a verdade processual é produzida por meio da discussão dos fatos trazidos pelas partes.

Tendo em vista a possibilidade da colaboração premiada ocorrer nas diversas fases da persecução penal, quando a sua formalização ocorre na fase pré-processual, o protocolo é que suas informações sejam sigilosas até o recebimento da denúncia, conforme disciplina do art. 7º da L. 12.850/13. A posição majoritária dos tribunais superiores é no sentido de não ser

⁷⁸ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª Ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 294.

possível a impugnação do acordo de colaboração por parte da pessoa delatada em momento diverso do contraditório judicial, com a fundamentação de que antes disso a sua esfera jurídica não teria sido ameaçada. Não obstante o entendimento de que a mera menção da pessoa delatada no acordo de colaboração já atinge a sua reputação, prevalece na jurisprudência atual que o interesse do delatado em impugnar o objeto da colaboração só surgirá caso a denúncia ofertada contra ele tenha se pautado no referido objeto.

À vista disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou não ser possível a admissibilidade da acusação fundada apenas nos depoimentos do colaborador premiado, veja-se:

EMENTA: Inquérito. Corrupção passiva (art. 317, § 1º, c/c o art. 29 do CP). Denúncia. Parlamentar federal. Suposto envolvimento em esquema de corrupção de agentes públicos relacionado à Diretoria de Abastecimento da Petrobras. Excesso de acusação. Não ocorrência. Mera contextualização dos fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”. Inépcia. Não ocorrência. Descrição suficiente do fato criminoso e suas circunstâncias. Vantagem indevida. Suposta participação do denunciado em sua solicitação. Imputação calcada em depoimentos de réus colaboradores. Ausência de provas minimamente consistentes de corroboração. *Fumus commissi delicti* não demonstrado. Inexistência de justa causa para a ação penal. Denúncia rejeitada (art. 395, III, CPP). 1. A denúncia, ao contextualizar os fatos no âmbito da chamada “Operação Lava Jato”, narrou o desvendamento de um “grande esquema de corrupção de agentes públicos e de lavagem de dinheiro” no âmbito da Petrobras. 2. Descreveu, ainda, o que constituiria uma complexa estrutura criminosa, que envolveria ao menos quatro núcleos (político, econômico, administrativo e financeiro), para, somente então, narrar os fatos especificamente relativos ao denunciado. 3. Essa profusão narrativa não constitui excesso de acusação, uma vez que a imputação propriamente dita feita contra o denunciado foi bem delimitada pelo Ministério Público. 4. A denúncia não é inepta, uma vez que descreveu, de forma suficiente, o concurso do denunciado para a solicitação de vantagem indevida por parte de membro de Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal – que tinha por objeto apurar irregularidades envolvendo a Petrobras – a fim de que não formulasse requerimentos nem adotasse medidas que permitissem o aprofundamento das investigações. 5. A justa causa para a ação penal consiste na exigência de suporte probatório mínimo a indicar a legitimidade da imputação e se traduz na existência, no inquérito policial ou nas peças de informação que instruem a denúncia, de elementos sérios e idôneos que demonstrem a materialidade do crime e de indícios razoáveis de autoria (Inq nº 3.719/DF, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe de 29/10/14). 6. Na espécie, encontra-se ausente esse substrato probatório mínimo que autoriza a deflagração da ação penal. 7. **Se os depoimentos do réu colaborador, sem outras provas minimamente consistentes de corroboração, não podem conduzir à condenação, também não podem autorizar a instauração da ação penal, por padecerem da presunção relativa de falta de fidedignidade.** 8. A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. 9. **Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo positivo de admissibilidade da acusação, o qual exige a presença do *fumus commissi delicti*.** 10. O *fumus commissi delicti*, que se funda em um juízo de probabilidade de condenação, traduz-se, em nosso ordenamento, na prova da

existência do crime e na presença de indícios suficientes de autoria. 11. Se “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), é lícito concluir que essas declarações, por si sós, não autorizam a formulação de um juízo de probabilidade de condenação e, por via de consequência, não permitem um juízo positivo de admissibilidade da acusação. 12. Na espécie, não se vislumbra a presença de elementos externos de corroboração dos depoimentos de colaboradores premiados, mas simples registros genéricos de viagens e reuniões. 13. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.⁷⁹ (Grifo nosso)

Desse modo, para que o Ministério Público efetue uma acusação contra a pessoa delatada no acordo de colaboração, se faz necessária a demonstração idônea da justa causa, isto é, que se faça presente os indícios de materialidade da infração penal e de sua autoria na denúncia apresentada. Para tanto, as declarações do colaborador sem elementos de corroboração não bastam para constituir o *fumus commissi delicti*. Isso porque, são dotadas de pouca confiabilidade em razão do interesse direto do agente colaborador no objeto do acordo, dependendo da idoneidade de elementos externos às declarações para a formulação de um juízo de probabilidade de condenação.

Nesse sentido, “a investigação preliminar consolida-se como instrumento de limitação do poder punitivo”⁸⁰, uma vez que a partir dela se pretende averiguar o delito oculto como forma de evitar acusações infundadas⁸¹ e a maculação da dignidade da pessoa humana sem um juízo mínimo de probabilidade. Ressalta-se que a análise da justa causa parte de um juízo de cognição sumária e superficial, de modo que a acusação só deve demonstrar a viabilidade da imputação. Portanto, para que esteja presente a justa causa e o órgão de acusação inicie a persecução penal em relação à pessoa delatada em um acordo de colaboração premiada é necessário mais do que a mera explanação das declarações do agente colaborador.

Acerca do juízo de admissibilidade da acusação, importa informar que se trata de etapa intermediária entre a investigação criminal e a instrução probatória introduzida pela minirreforma do Código de Processo Penal através da Lei 11.719 de 2008, que alterou a estrutura dos procedimentos processuais penais para estabelecer uma etapa de contraditório orientada à avaliação da acusação. A partir desse juízo, o magistrado pode ouvir as duas partes e não só a acusação para melhor avaliar a necessidade de instauração do processo regular, consagrando uma nova concepção de contraditório, enquanto deixa de ser um

⁷⁹ INQ 3998/DF, 2ª Turma do STF, Rel. Edson Fachin. j. 18.12.2017, maioria, DJe 09.03.2018.

⁸⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 219.

⁸¹ JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 272.

elemento de duelo entre as partes e se converte em uma rigorosa condição de validade jurídica dos atos processuais.

Desse modo, em um primeiro momento, o juiz analisa a inépcia da petição inicial da acusação, isto é, verifica se contém elementos probatórios que guardam relação de adequação com os fatos imputados ao acusado de modo a conferir base empírica à imputação. Para além da coerência interna da petição inicial, deve haver uma coerência externa, ou seja, a imputação contida na peça inaugural deve ter respaldo nos elementos colhidos na investigação preliminar, para que o juiz possa analisar o inquérito e confirmar essa base empírica. Assim, o Ministério Público quando pretender acusar o indivíduo delatado em um acordo de colaboração premiada deve buscar no momento da investigação elementos diversos que confirmem as declarações do colaborador de modo a instruir validamente a peça acusatória.

Havendo essa corroboração, o juiz proferirá uma decisão fundamentada e determinará a citação do acusado para participar do contraditório da etapa intermediária. O acusado é citado para tomar conhecimento integral da acusação, não mais sendo interrogado, e então, para no prazo de dez dias apresentar uma resposta preliminar com o objetivo de tornar efetivo o contraditório nesta etapa, momento em que a pessoa delatada poderá impugnar as declarações provenientes do acordo de colaboração que lhe incriminam. Caso a sua prova defensiva esteja apoiada em uma qualidade epistêmica de tal ordem superior aos elementos informativos que respaldam a denúncia, afastando por completo, lógica e juridicamente, a viabilidade da tese acusatória, poderá o juiz absolvê-lo sumariamente, dando concretude à presunção de inocência do delatado.

Caso haja a admissibilidade da acusação, todo o material que conferiu base empírica à acusação deverá ser enfrentado na fase de instrução probatória, momento em que se concretizará a especificidade do contraditório judicial. Além da necessidade do órgão de acusação produzir elementos probatórios externos e idôneos que confirmem a autenticidade das declarações do colaborador, o juiz, autoridade equidistante e sem interesse pessoal na produção probatória, possui importante papel no momento da valoração da prova proveniente da delação premiada. O magistrado, assim, deve analisar os motivos que levaram o agente a colaborar, sopesando a credibilidade do colaborador e as demais provas do processo. Sobre isso leciona Frederico Valdez Pereira:

Reconhece-se a necessidade de uma tríplice análise, englobando a credibilidade do declarante, a fidedignidade interna dos relatos, e os dados externos ao próprio relato do colaborador, havendo, inclusive, uma relativa interdependência nessa avaliação, uma vez que um juízo de maior consistência positiva da confiabilidade intrínseca pode levar a uma exigência menor quanto à apreciação externa. (...) A questão é que, para ser considerada confiável, não basta a realização de um relato detalhado, coerente, minucioso e seguro, é preciso agregar a algum elemento externo à exposição que lhe reforce a credibilidade.⁸²

Portanto, ainda que a legislação reguladora do instituto da colaboração premiada imponha o dever de veracidade sobre as informações prestadas pelo agente colaborador, isso não altera o cenário de fragilidade das suas declarações.⁸³ Além disso, em que pese diferencie-se do instituto da confissão pelo fato de imputar também práticas de infrações penais a terceiros⁸⁴, entende-se que as declarações do colaborador devem ser valoradas em um regime semelhante àquele do art. 197 do Código de Processo Penal: “O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

3.2. Consequências do inadimplemento das obrigações do colaborador

A) Informações falsas no todo ou em parte

O art. 4º da Lei 12.850/13, em seu §14, dispõe que: “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”. Infere-se daí que o direito ao silêncio, enquanto modalidade de direito de defesa, é incompatível com o instituto da colaboração premiada. Nesses termos, a renúncia ao direito a não autoincriminação envolve não só a confissão do agente colaborador, como também a explanação das práticas delituosas da organização criminosa, imputando-as eventualmente a outros coautores.

⁸² PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão da *mutual corroboration* na colaboração premiada**. In: GOMES, Luiz Flávio; Silva, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. *Colaboração premiada: Novas perspectivas para o sistema jurídico-penal*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 137.

⁸³ SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

A efetividade do acordo de colaboração premiada depende, assim, dos resultados concretos obtidos a partir dos meios de prova fornecidos pelo agente colaborador. Ao abrir mão do seu direito de defesa, conformando-se com a acusação para auxiliar na investigação em vistas de receber uma sanção premial, o colaborador adota uma postura ativa e a veracidade de suas declarações é pressuposto intrínseco para o êxito da colaboração premiada. Afinal, o acordo de colaboração só será concretizado se adimplidas as cláusulas pactuadas e aferidos os resultados provenientes das declarações do colaborador, de modo que de nada servirá se estas forem falsas.

A voluntariedade e liberdade negocial do agente colaborador são reforçadas a partir da possibilidade da retratação da proposta de acordo de colaboração, que configura direito do colaborador conforme §10 do art. 4º da L. 12.850/13. Outrossim, o descumprimento do acordo não se confunde com a retratação da proposta, como entendeu o STF no julgamento do HC 127.483/PR, de acordo com o voto do Relator Min. Dias Toffoli, que:

Não se confundem, assim, “proposta” e “acordo”, tanto que a “proposta” é retratável, nos termos do art. 4º, § 10, da Lei nº 12.850/13, mas não o acordo. Se o colaborador não mais quiser cumprir seus termos, não se cuidará de retratação, mas de simples **inexecução de um negócio jurídico perfeito**⁸⁵

Desse modo, conforme se depreende da previsão legal supracitada, a retratação da proposta do acordo de colaboração premiada não prejudica a presunção de inocência do investigado ou acusado, uma vez que as provas autoincriminatórias produzidas por ele até então não poderão ser usadas em seu desfavor. Todavia, de modo diverso, a rescisão a qual deu causa o agente colaborador acarreta não só a sustação dos benefícios acordados, como também permite o uso das provas já produzidas em seu desfavor e contra terceiros delatados, ou o cumprimento da pena originariamente imposta se a colaboração for posterior à prolação da sentença.

Corroborar esse entendimento o acordo de colaboração premiada firmado com o réu Paulo Roberto Costa no âmbito da Operação Lava Jato e homologado pelo Poder Judiciário, cujo trecho transcrevo aqui:

⁸⁵ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015.** Publicação no DJe em 04/02/2016.

(...) Cláusula 24. Em caso de rescisão do acordo, o colaborador perderá automaticamente direito aos benefícios que lhe forem concedidos em virtude da cooperação com o Ministério Público Federal, e será considerada quebrada a fiança, prevista na cláusula 10, com a manutenção da validade das provas já produzidas (...)⁸⁶

Simultaneamente, entendeu o STF, vejamos:

(...) ainda que o colaborador, por descumprir alguma condição do acordo, não faça jus a qualquer sanção premial por ocasião da sentença (art. 4º, § 11, da Lei nº 12.850/13), suas declarações, desde que amparadas por outras provas idôneas (art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13), **poderão ser consideradas meio de prova válido para fundamentar a condenação de coautores e partícipes da organização criminosa (...)**⁸⁷ (grifo próprio)

Desse modo, um cenário de rescisão do acordo de colaboração premiada gera não só demasiada insegurança jurídica, como afeta diretamente a esfera jurídica do indivíduo que renunciou a garantias processuais que esvaziaram seu direito de resistência frente à persecução estatal. É evidente, portanto, a dependência do colaborador em relação à execução do que foi acordado, de forma que a posição favorável do Ministério Público em relação ao agente deve ser compensada através da manutenção das garantias pactuadas⁸⁸.

No que se refere à rescisão do acordo de colaboração devido à prestação de informações falsas por parte do agente colaborador, a Lei das Organizações Criminosas n. 12.850/13, em seu artigo 19, pune expressamente o colaborador que imputar falsa e dolosamente a prática de crime a outra pessoa ou revelar informações sobre a estrutura da organização criminosa que sabe serem inverídicas. Desse modo, o agente estará submetido não só à perda dos benefícios, como também à criminalização pela sua conduta intencional.

Pode-se inferir que o legislador buscou, assim, conscientizar o colaborador acerca da seriedade das informações prestadas, além da imprescindibilidade de sua veracidade, tendo em vista que a mera menção em um acordo de colaboração premiada, nos dias atuais, representa forte impacto na esfera da dignidade do indivíduo. Ainda que posteriormente se comprove falsa a imputação realizada, a reputação do delatado já estará afetada, uma vez que a divulgação através da comunicação social é demasiadamente rápida e proliferativa.

⁸⁶ MPF, Ministério Público Federal. **Termo de Acordo de Colaboração Premiada**. Brasília, 2014.

⁸⁷ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015**. Publicação no DJe em 04/02/2016.

⁸⁸ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 151.

Entende-se que do mesmo modo em que ocorre a denúncia caluniosa fora do âmbito da especialidade da investigação de uma organização criminosa, havendo a imputação falsa e dolosa a quem sabe não ser o responsável pela prática criminosa, poderá o agente ser penalizado nos termos do art. 19, da L. 12.850/13. Há que se observar, porém, se as informações falsas sobre a estrutura da organização criminosa se deram no todo ou em parte da colaboração, de modo a certificar que ocorreu o implemento considerável das pretensões do Ministério Público.

Defende-se, portanto, a partir da noção de instrumentalidade da forma do negócio jurídico da colaboração premiada, a preservação do acordo quando a emissão de informações falsas não prejudicar os resultados persecutórios advindos com a contribuição prestada pelo colaborador. É necessário, assim, além de averiguar se “o descumprimento foi intencional, nos casos em que a atenção às obrigações se mostrava possível ao colaborador”⁸⁹, se houve o cumprimento substancial do acordo e dos resultados pretendidos.

Ademais, não obstante a aplicação ao colaborador da regra do compromisso de dizer a verdade relativa às testemunhas (art. 203 do Código de Processo Penal), não é possível a criminalização da conduta como falso testemunho pelo fato do agente colaborador não ser caracterizado como tal. Apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter admitido a oitiva do colaborador como testemunha incriminatória de terceiro em processos diversos daquele de origem da sua colaboração, de modo diverso se dará no processo em que ele próprio colabora, vejamos:

“II – O sistema processual penal brasileiro impede a oitiva de corréu na qualidade de testemunha, na mesma ação penal, em razão da incompatibilidade entre o direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta nos termos do Código de Processo Penal. III – No entanto, não há impedimento ao depoimento de colaborador como testemunha, na medida em que, não sendo acusado no mesmo processo em que o recorrente figure como réu, sua oitiva constitua verdadeira garantia de exercício da ampla defesa e do contraditório dos delatados, ao mesmo tempo em que também consubstancia mecanismo de confirmação das declarações e de validação dos benefícios previstos no acordo de colaboração”⁹⁰

A prova testemunhal, conforme as lições de Vitor de Paula Ramos, possui, por si só, baixíssimo grau de confiabilidade em razão da possibilidade de erros de percepção, de

⁸⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

⁹⁰ STJ, RHC 67.493/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, j. 19.04.2016.

recuperação de memória ou erros causados por mentiras. Afirmar o autor que, sem a sua verificação conjunta às demais provas dos autos, a prova testemunhal não confere um grau de corroboração das hipóteses fáticas necessário para a comprovação de fatos delituosos além da dúvida razoável⁹¹.

Além do exposto, soma-se a falta de credibilidade do depoimento do colaborador, por efeito das notáveis vantagens que não raro recebem e devido à necessidade de corroboração por meios de prova idôneos. Desse modo, a impossibilidade de definir o agente colaborador como testemunha advém do seu interesse direto no objeto do processo⁹². Aquele que opta por colaborar não está na condição de terceiro imparcial, porquanto abdica do seu direito de defesa e conforma-se com a acusação em prol do seu interesse em ser agraciado com a sanção premial.

B) Omissão de informações

O crime de falso testemunho se consuma quando o agente dolosamente “afirma coisa falsa, nega coisa verdadeira ou oculta aquilo que tem ciência”⁹³. Todavia, além dos motivos já expostos até aqui que revelam a impossibilidade de se imputar ao agente colaborador que pratica essas condutas o crime de falso testemunho, a omissão de informações merece maior destaque.

Não obstante a expressa previsão legal de renúncia ao direito ao silêncio por parte do agente colaborar que objetiva auxiliar a persecução estatal, as cláusulas do acordo não podem servir como renúncia, prévia e definitiva, ao pleno exercício de direitos fundamentais, como assentado pelo STF⁹⁴. A voluntariedade, enquanto pressuposto de validade da colaboração premiada, representa, desse modo, a liberdade do titular do direito fundamental de renunciá-lo temporariamente em busca de uma contraprestação estatal. Sobre isso leciona Frederico Valdez Pereira:

⁹¹ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 134-139.

⁹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal**. 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66.

⁹³ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 6ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015, p. 159.

⁹⁴ STF, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015. Publicação no DJe em 04/02/2016.

Exatamente por ser sujeito processual, o réu pode, desde que livre e conscientemente, dispor de seu direito constitucional a não colaborar; significa dizer que o direito em questão é, em todo caso, disponível, situando-se na esfera de liberdade do titular do direito a decisão de opor-se, total ou parcialmente, ou mesmo não se opor, à imputação. Sendo assim, e acaso não paire dúvidas de que a escolha a colaborar foi feita livremente, a renúncia ao direito insere-se na estratégia processual adotada pelo acusado.⁹⁵

Assim, qualquer tipo de coerção que tenha por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, com a justificativa de sua necessidade para a efetividade da investigação ou da instrução criminal, deve ser considerada ilegítima por violar a vedação a autoincriminação compulsória, norma fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, constante no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal /88, bem como no art. 8º, 2, g, do Pacto de São José da Costa Rica. Portanto, o exercício do direito a não autoincriminação, ainda que renunciado temporariamente para que o colaborador preste as declarações que entender necessárias à efetivação da colaboração premiada, não pode acarretar efeitos prejudiciais ao agente, além daqueles pactuados no acordo, em nome da segurança jurídica.

De igual modo, na hipótese de o agente colaborador omitir informações é necessário que haja verificação no caso concreto sobre se houve ou não o adimplemento substancial dos objetivos pretendidos pelo Ministério Público para validar uma possível rescisão do acordo e não configurar abuso de poder por parte da acusação⁹⁶. Como leciona Geraldo Prado:

não é certamente a aparência de ausência de boa-fé que respalda a rescisão de um acordo de colaboração premiada. É a prova da má-fé em ato que prejudica a obtenção de informações significativas para a elucidação de infrações penais que pode, a depender do seu caráter de substancialidade, ensejar a rescisão do acordo⁹⁷.

Tratando-se de um cenário em que são pactuadas renúncias e limites a direitos fundamentais, bem como há importante papel do próprio agente na construção da sua responsabilização penal, a hipótese de desfazimento do acordo de colaboração premiada, com a consequente revogação dos benefícios pactuados, representa além de um quadro de insegurança jurídica, evidente violação às garantias fundamentais do colaborador. Portanto, se a omissão de informações estiver na esfera de liberdade negocial do agente e não influenciar a concretização do resultado pretendido com o pacto colaborativo, não há que se falar em não concessão dos benefícios acordados, muito menos em punição pela omissão.

⁹⁵ PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada**. Revista dos Tribunais 929/2013. Mar/2013, p. 319

⁹⁶ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 153.

⁹⁷ PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018, p. 155.

Sobre o assunto, esclarece Vinicius Vasconcellos:

A não realização de parte das obrigações assumidas, em regra, não deve ocasionar a não concessão de todos os benefícios acordados, mas somente a sua redução, em conformidade com os critérios de análise da efetividade da colaboração no momento do sentenciamento, especialmente se houver justificativa razoável apresentada pelo imputado.⁹⁸

Desse modo, não só a decisão de prestar a conduta pós-delitiva positiva deve estar baseada na voluntariedade do agente, como também o cumprimento das suas obrigações advindas do acordo não pode ser objeto de qualquer tipo de coerção. Nesse sentido, a possibilidade de decretação da prisão como forma de induzir o indivíduo a colaborar com a acusação ou como forma de punir aquele que se recusar a prestar informações deve ser totalmente rechaçada, pois não só adentra a esfera da voluntariedade e da liberdade do imputado, como também se percebe manifestamente fora da legalidade, conforme reconheceu o STF, de acordo com os seguintes trechos:

(...) O Supremo Tribunal Federal também decidiu que carece de legitimidade constitucional, por manifesta ofensa ao privilégio contra a autoincriminação, a decretação da prisão temporária ou preventiva do imputado por seu não comparecimento à delegacia de polícia para prestar depoimento (HC nº 89.503/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 8/6/07) ou “por falta de interesse em colaborar com a Justiça”, supostamente evidenciada pelo fato de os réus “haverem respondido às perguntas de seus interrogatórios de forma desdenhosa e evasiva, mesmo sabedores de que tais versões não encontram guarida no caderno investigatório” (HC nº 79.781/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 9/6/2000)(...)⁹⁹

(...) A Lei 12.850/2013, por sua vez, não apresenta a revogação da prisão preventiva como benefício previsto pela realização de acordo de colaboração premiada. Com efeito, o art. 4º desse diploma legal permite ao juiz conceder “o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo penal”, atendidos os requisitos estabelecidos nos incisos desse dispositivo legal. **Tampouco há, na Lei 12.850/2013, previsão de que, em decorrência do descumprimento do acordo, seja restabelecida prisão preventiva anteriormente revogada.** Daí por que, ainda que o Ministério Público se comprometa, na proposta de acordo, a pedir a revogação de prisão preventiva em vigor, o juiz, ao homologá-lo, não se compromete com seu conteúdo, mas se restringe a verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade. Desse modo, a celebração de acordo de colaboração premiada não é, de per si, motivo para revogação de prisão preventiva, mesmo porque os elementos oferecidos pelo colaborador não constituem imediatamente provas a serem valoradas (Inq 3983, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016,

⁹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

⁹⁹ STF, Supremo Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015**. Publicação no DJe em 04/02/2016.

ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 11-05-2016 PUBLIC 12-05- 2016).
Não há, assim, como dito, relação direta, do ponto de vista jurídico, entre acordo de colaboração premiada e prisão preventiva. Nessa linha, tampouco o seu posterior descumprimento é, em si mesmo, motivo para a decretação de nova custódia cautelar dessa espécie, ou faz ressurgir a motivação primitiva, que determinara a primeira prisão (...)¹⁰⁰ (Grifo próprio)

Ademais, a prisão preventiva, enquanto medida excepcional em razão da sua natureza jurídica de medida cautelar que confronta a presunção de inocência, só é admitida quando além das demais medidas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal não forem suficientes para o regular andamento da persecução penal, e se estiverem presentes os requisitos previstos no art. 311 e seguintes.

A presunção de inocência do agente colaborador subsiste até o momento de prolação da sentença, de modo que a sua razão de assim ser é impedir o Estado, por meio do *ius puniendi*, de castigar direta ou indiretamente o imputado antes que a sua culpa seja estabelecida na forma legalmente prevista. Portanto, tendo em vista que a sanção penal só pode ser aplicada quando o indivíduo for considerado culpado, ou seja, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão preventiva não pode ser meio de sancionar o agente que der causa à rescisão do acordo de colaboração.

¹⁰⁰ HC 138207/PR, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgamento em 25/04/2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com o que fora trabalhado no presente trabalho, com a vigência do neoliberalismo, onde o avanço tecnológico, a ambição pelo acúmulo de capital e a facilidade de interação social, financeira e política são evidentes, criou-se solo fértil para a expansão de uma modalidade de criminalidade diversa daquela que o Estado estava acostumado a reprimir. Essa criminalidade marcada por uma estruturação organizada de funções, envolvendo agentes de diversos segmentos profissionais praticando infrações dotadas de complexidade, demonstrou que as usuais práticas de repressão penal não se mostravam eficientes no combate dos delitos característicos da sociedade moderna.

Assim, diante de uma crescente criminalidade econômico-financeira, caracterizada em parte significativa por práticas de corrupção envolvendo grandes corporações econômicas e o funcionalismo público, se fez necessário o reformulamento do ordenamento jurídico para criar mecanismos mais sofisticados de investigação criminal. Desse modo, surgiram novos meios de obtenção de prova supostamente capazes de comprovar as práticas delituosas de organizações criminais que se pautam em atos revestidos de legalidade, portanto de difícil comprovação.

Com isso, instaurou-se no Brasil um novo modelo de justiça baseado no consenso adversarial, onde a acusação oferece sanções premiais em vistas a obter informações de alguém que estivesse inserido na trama delituosa e, portanto, garantir maior eficiência à persecução estatal. Todavia, a justiça negociada traz em sua essência práticas incompatíveis com o modelo de processo penal democrático, sendo certo que prevalece a extralegalidade, a diminuição das garantias processuais do devido processo legal e, principalmente, a formulação de uma verdade com o que é obtido da colaboração premiada, em detrimento da busca pela verdade material.

A partir da colaboração premiada, a autoridade de acusação formula uma tese acusatória baseada nas palavras do investigado, que incidirão não só sobre a própria esfera jurídica, como também sobre a de terceiros. O ônus probatório pertencente à acusação, em razão do princípio da presunção de inocência, transfere-se, assim, ao próprio acusado, que negociará sua pena sem uma sentença construída por meio devido processo legal. Dessa forma, medidas

emergenciais em nome do aumento da repressão penal, aclamadas por uma sociedade punitivista, são adotadas com o encurtamento do procedimento legal, comprometendo a construção de uma verdade material, objetivo primordial do processo penal democrático.

Nesse sentido, a excessiva autonomia das partes para delimitarem as questões fáticas no momento das negociações, afastando o controle judicial e limitando este apenas à valoração formal do que foi acordado, gera um desequilíbrio entre as partes, descaracterizando o modelo acusatório de sistema penal vigente e deixando o agente colaborador em posição de vulnerabilidade. Assim, ao serem oferecidas excelentes vantagens que não seriam obtidas com o exercício comum da jurisdição penal, a acusação acaba se utilizando da colaboração premiada como moeda de troca para que o indivíduo confesse a prática criminosa e forneça informações sobre o funcionamento da organização criminosa.

A partir disso, ainda que seja vantajoso em relação ao agente colaborador, no sentido de não ter que atravessar um processo moroso e com grande probabilidade de sofrer uma condenação alta, percebe-se que a colaboração premiada macula certas garantias constitucionais processuais em nome do auxílio à Justiça. Ademais, a exarcebada discricionariedade do órgão de acusação cria a oportunidade de se utilizar o instrumento da colaboração premiada para finalidades diversas do ideal de justiça pretendido com o processo penal democrático. Não raro, específicos acordos de colaboração firmados entre Ministério Público e agentes ligados ao governo tem sido publicizados, dando a entender que assim o foram por motivações políticas, fato que extrapola a tutela do poder de punir e viola a esfera da dignidade da pessoa humana.

As megaoperações lideradas pelo Ministério Público para o desmanche das organizações criminosas têm surtido efeito no que concerne ao descobrimento de práticas delituosas dentro dos mais diversos segmentos estatais, além de conseguirem reaver grandes montantes de recursos desviados ilicitamente dos cofres públicos. Portanto, é evidente que o Ministério Público por meio de órgãos de investigação especializados tem cumprido papel importante na repressão à criminalidade organizada, de modo que não há condições concretas de se abrir mão da colaboração premiada atualmente.

Todavia, o processo penal pautado no contraditório, na ampla defesa, na publicidade, na legalidade, no ônus da prova orientado pela presunção de inocência, é o meio mais justo de se definir a culpabilidade de alguém, com base em uma verdade material obtida por meio da

reconstrução dos fatos aportados, e não com base em uma verdade negociada pelas partes em posições díspares. Portanto, imprescindível que a colaboração premiada seja adotada como medida excepcional, pois demasiadamente invasiva e em sua essência incompatível com as garantias processuais constitucionais.

Conclui-se que, diante da tensão entre efficientismo e garantismo, uma proposta de solução seria a utilização do processo penal como instrumento de política criminal, de modo a se alcançar maior funcionalidade e eficiência processual, sem, porém, relativizar as garantias necessárias para a tutela da dignidade da pessoa humana. Assim, a partir do estabelecimento de critérios voltados para a obtenção da finalidade político criminal, criariam-se mecanismos que conciliam as necessidades de funcionalidade e eficiência do processo penal com os elementos legitimadores do direito penal, quais sejam as garantias individuais.

Não obstante a criação desses mecanismos a partir da nova Lei de Organizações Criminosas, com o objetivo de cumprirem certas finalidades do sistema de justiça criminal ligadas ao estancamento da criminalidade organizada, remanesceu o problema da segurança jurídica em relação às garantias dos sujeitos processuais envolvidos nesses procedimentos alternativos. Por isso, a eficiência do processo penal não pode estar apenas ligada ao alargamento da repressão penal, mas deve estar voltada à garantia dos direitos fundamentais das partes e ao cumprimento dos objetivos do direito penal, como forma de prevenção geral de todos os tipos de delito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **A colaboração premiada: meio de prova, meio de obtenção de prova ou um novo modelo de justiça penal não epistêmica?**. In: BOTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis. Colaboração Premiada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa. Lei. 12.850/2013**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **La funzione promozionale del diritto**. In: _____. Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto. Milano: Edizioni di comunità, 1977.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CABANA, Patrícia Faraldo. **Las causas de levantamiento de la pena**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017.

DA SILVA, Marcelo Rodrigues. **A colaboração premiada como terceira via do direito penal no enfrentamento à corrupção administrativa organizada**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 3, n. 1, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1977.

GOMES, Luiz Flávio. **A Impunidade da Macrodelinquência Econômica desde a Perspectiva Criminológica da Teoria da Aprendizagem**. In: DOTTI, René Ariel; PRADO,

Luiz Regis (Org.). *Doutrinas essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. (Org.). **Colaboração premiada: novas perspectivas para o sistema jurídico-penal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; AMARAL, Augusto Jobim do. **Criminologia e(m) crítica**. Curitiba: Champagnat, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – parte geral**. Vol. 1. 18ª Edição. Niterói: Impetus, 2016.

GUEDES, Gabriel P.; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Renúncia ao direito à não autoincriminação?** In: GIACOMOLLI, Nereu J.; AZAMBUJA, Mariana (Org.). *Processo penal contemporâneo em perspectiva*. Curitiba: Iea, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. **Acordos de cooperação premiada. Polícia e o Ministério Público**. Empório do direito, 01/08/2017, online. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/acordos-de-cooperacao-premiada-policia-e-o-ministerio-publico-por-afranio-silva-jardim-1508758159>>. Acesso em: 10 out. 2018.

JESUS, Francisco Marcolino de. **Os meios de obtenção da prova em Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3ª Ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MPF, Ministério Público Federal. **Manual – Colaboração Premiada**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

MPF, Ministério Público Federal. **Caso Lava Jato**. s/d, online. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/resultado>>. Acesso em: 26 out. 2018.

MPF, Ministério Público Federal. **Termo de Acordo de Colaboração Premiada**. Brasília, 2014. Disponível em: <<https://s.conjur.com.br/dl/acordo-delacao-premiada-paulo-roberto.pdf>>. Acesso em 20/11/2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PAVARINI, Massimo. **Control y Dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. México: Siglo Veinteuno Editores, 1983.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada: legitimidade e procedimento**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Compatibilização constitucional da colaboração premiada.** Revista dos Tribunais 929/2013. Mar/2013.

PEREIRA, Frederico Valdez. **A regra de corroboração, a liberdade dos dados confirmativos e a questão da *mutual corroboration* na colaboração premiada.** In: GOMES, Luiz Flávio; Silva, Marcelo Rodrigues da; MANDARINO, Renan Posella. Colaboração premiada: Novas perspectivas para o sistema jurídico-penal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

PEREIRA, Frederico Valdez. **Delação Premiada. Legitimidade e procedimento.** 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2016.

PRADO, Geraldo. **Uma vez homologada a delação, pode a Justiça voltar atrás e rever o acordo?.** Justificando, 28/06/2017, online. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/06/28/colaboracao-premiada-acordo-atuacao-do-ministerio-publico-e-homologacao-judicial/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

PRADO, Geraldo. **Saída pela Democracia: “Quem deveria controlar a atividade do MP não é o Judiciário, mas a sociedade.”** Conjur, 2017, online. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-02/entrevista-geral-do-prado-desembargador-aposentado-professor>>. Acesso em: 18 out. 2018.

PRADO, Geraldo. **Estudos jurídicos.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

PULITANÒ, Domenico. **La giustizia penale alla prova del fuoco. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,** Milano, v.1, n.40, p. 3-41, genn./mar. 1997.

QUEIRO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo.** 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUINTANAR DIEZ, Manuel. **La justicia penal y los denominados “arrepentidos”.** Madrid: Edersa, 1996.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo. Do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Perdão Judicial.** In: **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.** Ano III, número 10. Rio de Janeiro, 1965.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROXIN, Claus. **Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de a las víctimas.** Tradução espanhola de Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo.** In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

SILVA, Eduardo Araujo da. **Organizações criminosas. Aspectos penais e processuais da Lei n. 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal constitucional: pós-reforma de 2008.** In: FILIPPETO, Rogério; ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. *Colaboração premiada: contornos segundo o sistema acusatório*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

STF, Superior Tribunal Federal. **Tribunal Pleno, HC 127.483/PR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2015.** Publicação no DJe em 04/02/2016.

SCHÜNNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal Norte-Americano.** In: SCHÜNNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. **Criminology.** Lippincott Co., 1978.

TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y criterios de la prueba judicial.** In: *Proceso, prueba y estándar*. Santiago Ortega Gomero. Director. ARA: Lima, 2009.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial.** IBCCRIM, São Paulo, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no processo penal.** 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro – II.** Rio de Janeiro: Revan, 1ª Ed. 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Crime Organizado: uma categorização frustrada.** In: *Discursos Sediciosos: Crime Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan./jun. 1996.